This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

✓ 102 f. 2

LINEAMENTI

DI

PRATICA LEGISLATIVA PENALE

[illegible] nato il 13 [illegible] in Lucca
e morto il 13 Gennaio 1868 in Lucca.

[illegible]

LINEAMENTI

DI

PRATICA LEGISLATIVA PENALE

ESPOSTI

MEDIANTE SVARIATE ESEMPLIFICAZIONI

dal Professore

FRANCESCO CARRARA

ROMA TORINO FIRENZE

FRATELLI BOCCA

Librai di S. M. il Re d'Italia

1874

102 f. 2.

PROPRIETÀ LETTERARIA

Torino, Tip. V. BONA, via Ospedale, 3.

INTRODUZIONE

IDEA E METODO

Il giure penale ha bisogno di tre momenti perchè la sua vita sia completa e raggiunga la utilità della propria destinazione: ha bisogno di essere *enucleato*, ha bisogno di essere *dettato*, ha bisogno di essere *interpetrato*.

Lo studio e lo insegnamento pertanto del giure penale percorre tre fasi che si delimitano fra loro in un modo pronunciatissimo.

Corre lo studio del giure penale la sua prima fase quando dalla suprema legge di natura, ossia dal puro diritto filosofico, desume i cardini assoluti della ragione punitiva; e indaga i criterii ai quali deve subordinarsi, ed i limiti nei quali deve circoscriversi l'autorità sociale nel *divieto*, nel *castigo*, e nel *giudizio* dei fatti umani. Fin qui il giure penale versa nello *assoluto:* e la sua contemplazione ha i caratteri di pura *scienza*. In questa sua prima elaborazione lo studio e lo insegnamento penale procedono con assoluta indipendenza da ogni giure positivo. La loro opera non è che la *enucleazione* del giure penale nel suo primo momento;

e le verità che se ne deducono preesistono a tutte le leggi costituite nelle nazioni. Numerosissimi ed eminenti furono coloro che esposero la scienza penale in questa sua prima fase fondamentale: la quale in molte università forma l'oggetto principale di questo ramo d'insegnamento sotto la denominazione di *diritto penale filosofico.*

Ma il giure penale è destinato a governare i consociati ed a tutelare il diritto in tutti e ciascuno di loro. Questo costituisce il terzo ed ultimo momento della sua vita allorchè convertito in legge positiva di uno stato incontra il bisogno di essere interpretato perchè possa congruamente applicarsi ai fatti concreti. E corre nella sua terza fase lo studio del giure penale quando senza contemplare alcuno speciale diritto costituito ne suppone però la esistenza, e prevedendo i bisogni delle sue pratiche applicazioni indaga i precetti che debbono servire di guida secondo ragione a coloro che saranno chiamati ad interpretare un codice penale per adattarlo ai singoli fatti verificatisi. In questa fase lo insegnamento procede pur sempre sulle norme di astratta ragione. Ma pure può dirsi senza errore che in questa terza fase la dottrina penale assume i caratteri di *arte* piuttostochè conservare rigorosamente le condizioni di *scienza.* Questa è la *logica giudiciaria* ristretta alla materia criminale. Ed ebbe anche essa fra gli antichi e fra i moderni i suoi speciali maestri. Essa si viene insegnando nelle Università dove si espone il commento dei codici penali e procedurali veglianti; esposizione che non può farsi sul mero positivismo della giurisprudenza, o non ancora completa, o sempre variabile, ma deve pigliare i suoi canoni dall'imperativo logico e dai precetti impreteribili della ermeneutica.

Ma fra quel primo e terzo momento della sua vita il giure penale deve inevitabilmente passare per un secondo momento intermedio: ed è quello nel quale le verità estratte costitutive dello esser suo dopo essere state *enucleate* nel pensiero dei filosofi vengono ad assumere le qualità di precetti da imporsi ai consociati per norma della loro condotta. Per raggiungere questo secondo momento della sua vita il giure penale ha bisogno di essere *dettato*. Ed ecco che anche lo studio e lo insegnamento del giure penale fra quella prima e terza fase ne incontra una seconda intermedia ma indispensabile. In questa la dottrina penale completa lo ammaestramento dei legislatori. E poichè deve obbedire anche quì a dei precetti assoluti di ragione quali vogliono essere studiati e ordinati, mentre d'altronde le è forza scendere nel campo delle pratiche applicazioni, può ben dirsi che in tale sua fase lo studio e lo ammaestramento offrono in sè permisti i caratteri di *arte* a quelli di *scienza;* con prevalenza forse dei primi sopra i secondi. Questo è ciò che io denomino *dottrina della pratica legislativa.* Non basta che i pubblicisti si siano trovati concordi sulle verità cardinali della ragione proibitiva, punitiva e giudicatrice: nè basta che i giureconsulti abbiano concordato le regole secondo le quali un diritto penale costituito dovrà interpretarsi, e adattarsi ai casi concreti. In quella contemplazione il filosofo prevede un codice da farsi; in questa il giurista suppone un codice fatto. Ma fra le due fasi stassi inevitabile ed importantissima la seconda nella quale il codice già *previsto*, o *supposto*, si *verrà facendo* dal legislatore. La dottrina penale non ha esaurito il còmpito suo col solo assodare le verità fondamentali; non lo ha esaurito col solo

stabilire i modi di interpretare un codice scritto. Vastissimo campo le rimane da correre nella fase intermedia. Il legislatore per quanto edotto nelle verità fondamentali può rimanere inabile a tradurre quelle verità in altrettanti articoli di legge. Eppure è necessità che quei sommi veri siano trasportati dal campo del pensiero ad una vita reale. È necessità che lo siano primariamente per norma di tutti i cittadini; e per norma poi di coloro ai quali incomberà il doloroso e difficile incarico di infliggere le sanzioni. È necessità che lo siano in una forma non confusa ma saviamente *ordinata;* è necessità che lo siano in una forma sempre *coerente* e non contradittoria ed elastica: è necessità che lo siano in una forma di linguaggio sempre *chiaro* e *netto*, mai perplesso od inintelligibile. Tutto questo è una necessità perchè i cittadini sappiano quali sono i fatti che la legge divieta loro, e quali quelli che loro permette: è necessità perchè le verità fondamentali concordate nel giure filosofico non si vengano a contraddire e manomettere per una viziosa esposizione. È necessità perchè al giurista non rimanga inutile la dottrina della logica giudiciaria in faccia ad un articolo di legge barbarescamente dettato. Ciò finalmente è necessario perchè ai precetti fondamentali di ragione rimasti nelle nuvole non si sostituisca quel perpetuo invasore e micidiale nemico della giustizia: l'arbitrio dell'uomo.

Questa parte della dottrina penale come io la concepisco non ebbe mai uno specialista che la trattasse completamente.

Su questo obiettivo importantissimo degli studii giuridici portarono le loro meditazioni quelle alte menti di Vico e

Bacone e Montesquieu e Filangieri e Romagnosi e Pagano. Ma i precetti secondo i quali devono essere composte le leggi, essi correndo sulle orme di Platone e di Cicerone contemplarono in un punto di vista *generale* ed *astratto*. In un punto di vista *generale* di tutti gli ordini legislativi senza specializzare lo studio al giure punitivo. In un punto di vista *astratto*, perchè lo sperimentalismo di quei grandi in questa dottrina si limitò alla critica delle tradizioni di Oriente e di Roma. Così la vita pratica della legislazione penale contemporanea rimase un campo poco o niente esplorato, forse perchè i tempi non richiedevano o non permettevano che sulle leggi contemporanee si portasse quella severa critica che libera e diffusa correva sulle leggi di *Pittaco* e di *Solone*. E di più anche in questo campo lo sperimentalismo limitossi a guardare i concetti sostanziali delle leggi poco curando il sindacato della loro corteccia esteriore; voglio dire delle formule e dell'ordine o buono o cattivo col quale veniva esposto e dettato dal legislatore il proprio pensiero. Così per un lato ne avvenne che la studiosa gioventù si facesse nelle scuole più erudita sulle leggi di Grecia o di Roma che non sulli statuti dei padri nostri. E per altro lato ne conseguì che le menti dei giuristi largamente si richiamassero allo esame del concetto da preferirsi, e niente allo studio del modo col quale il concetto prevalso voleva essere nella legge positiva manifestato al popolo e sanzionato. E di qui la conseguenza che non solo giovani studiosissimi ma ancora uomini di elevata dottrina avviati ad una medesima scuola si trovino presto concordi sulla sostanza di certi precetti. Si trovino, a modo di esempio, concordi sul punto di valutare gli effetti giuridici del tentativo

o della continuazione, o quelli del giusto dolore, o della premeditazione: ma la concordia si dilegui quando si passa a dettare le definizioni di quelle circostanze e degli effetti loro in uno articolo della legge positiva. Quegli uomini che si trovarono velocemente unanimi nell'aula legislativa sul concetto sostanziale della massima, voi li vedete spargersi per cento vie, ed impegnarsi in acerrime dispute quando si viene a discutere la *espressione* del concetto. E perchè ciò? Appunto perchè li studi sulla massima principale ebbero in quelle menti la più matura e completa elaborazione: e larghissima la ebbero negli scritti di tanti maestri; laonde finchè si discute la massima i congregati si trovano sopra un terreno ben cognito; si trovano maturi per emettere una opinione che già per larghe e serie meditazioni si è formata negli animi loro; e facilmente si accordano sul pronunciato della verità astratta che vuole farsi prevalere nella legge. Ma quando si fa passaggio a discutere i termini coi quali si tradurrà nella legge la manifestazione di quella verità, gli uomini stessi quantunque dottissimi si trovano sopra un terreno nuovo, sopra un terreno inesplorato: si trovano in faccia a dubbi e questioni sulle quali non erano bastantemente preparati nè dagli studi teorici, nè dalle loro meditazioni, nè dagli ammaestramenti degli scrittori, nè potevano esserlo dalla esperienza. In loro abbondano i materiali della *scienza:* ma si trovano inesperti affatto nell'*arte*. Di qui lo effetto dannosissimo che ad ogni momento si incontra anco appo le Nazioni più colte, di vedere sorgere nuovi ordini e nuove leggi le quali destinate per la unisona volontà dei loro compilatori a proclamare verità santissime e giuste ed incriticabili, le vennero proclamando

con metodo viziosissimo, o con più vizioso linguaggio. Nè questo reca soltanto una offesa alla estetica della legge. Ciò induce necessità o presto o tardi di emende e rattoppi. Ma (peggio ancora) ne attacca l'intima vita perchè spesso la conduce a manomettere quelle verità che voleva proclamare, ne ammorba la vita pratica per lo inevitabile effetto della perplessità, dei dissidii e delle oscillazioni contradittorie delle giurisprudenze. Bruttissima cosa in ogni legge, ma più brutta assai e deplorabile ed iniqua nella legge penale, perchè vi introduce la signoria dell'arbitrio e della fortuna (incompatibili con la buona giustizia) e mena allo osceno spettacolo di vedere troppo spesso due cittadini disugualmente giudicati e disugualmente puniti (e spesso con differenziali tremende) in ossequio alla identica legge, e per identici fatti e con identico grado di colpevolezza.

Pellegrino Rossi intravide questa lacuna: e nell'ultimo capitolo col quale chiuse il suo corso di diritto penale parve si attentasse a colmarla: ma egli non fece che osservazioni generali in quel suo capitolo che intitolò *De la rédaction de la loi pénale* per giungere poi alla scoraggiante conclusione — ivi — *qu'il n'y a point de règle immuable à établir.*

Meditando su queste cagioni e su questi effetti mi venne fatto di sentire nell'animo che il giure penale dovesse ricevere dalla odierna civiltà il proprio complemento con elaborarsi in quel secondo suo momento che ho sopra descritto. Questa elaborazione è quella che io denomino *dottrina della pratica legislativa.* Intorno a questa un sistema completo e concentrato esclusivamente sulla materia criminale io non conosco che esista. Eppure io penso che a questa parte del

giure penale dovesse nelle grandi Università (o almeno negli Istituti di perfezionamento) dedicarsi un'apposita Cattedra. La Cattedra DI PRATICA LEGISLATIVA io la credo indispensabile in un regno composto a libero reggimento, dove il fare leggi non è più la privativa di pochi dotti scelti dal Re; ma o nei Parlamenti, o nei Consigli Provinciali, o nei Municipi tutti i cittadini possono essere chiamati a dettar leggi o a dar voto sulle medesime.

Questi pensieri destarono in me il desiderio di portare la mia piccola pietra allo edifizio che dovrà prima o poi costruirsi dal progresso civile. Fermai le mie meditazioni sull'argomento, e compresi la immensa difficoltà di farne un *trattato*, e sentii la insufficienza delle mie forze ad un lavoro nel quale io non poteva dire ad alcuno *tu sei lo mio maestro e lo mio lume:* sentii la impossibilità di esporre le mie idee con un *metodo sistematico;* e di questo ne abbandonai ogni speranza.

Io non divido la opinione del ROSSI: non credo che non vi siano *regole immutabili* da stabilire su questo argomento. Credo però che le menti non siano ancora mature a questa opera, e che lo spirito umano per giungere alla medesima abbia bisogno di svolgimento e tirocinio ulteriore. Laonde se il desiderato lavoro io non mi sentiva abile ad *eseguire*, coltivai però il desiderio di *preparare* qualche materiale che potesse usufruirsi poscia da altri di mente più giovane e più robusta della mia. Eliminato il disegno di un trattato sistematico non mi rimaneva che seguitare il metodo prediletto dai vecchi alemanni; procedere per via di osservazioni critiche disordinate e quasi colte a volo da varii argomenti di discipline penali secondochè me ne veniva of-

ferta la occasione o dagli studi cattedratici o dalle tenzoni forensi. Venni così notando i vizi che le pratiche avevano rivelato in alcune disposizioni penali dettate in uno od altro paese, o in uno od altro tempo e le ambagi che ne erano derivate nelle diverse pratiche; e mi diedi ad investigarne le cagioni nel testo infelice delle diverse leggi con una serie di scritti fugaci interrottamente pubblicati. Questi sono oggi venuto nella determinazione di riunire in un solo volume affinchè se avvi in loro qualche cosa di buono se ne possa meglio raccogliere il frutto; e di attentarmi a dedurne poscia un qualche canone da consegnarsi ai legislatori come cautele per evitare il pericolo di imporre ai popoli leggi confuse, misteriose, incomplete, a doppio senso e pericolose.

Tale è il lavoro del quale venni già pubblicando spicciolatamente qualche brano, e che ora ardisco presentare al pubblico nel suo completo, fidando che sia benignamente accolto, non per intrinseco suo valore ma per le verità alle quali si ispira, e come franca rivelazione di piaghe sommessamente lamentate da tutti: le quali hanno bisogno di essere denunciate se non ai neghittosi contemporanei almeno alla gioventù che sorge nutricata da libero latte.

OSSERVAZIONE I.

Si dimostra che il legislatore penale prima di porsi all'opera del suo codice deve prestabilirsi nell'animo il più vero principio fondamentale del *diritto di punire*, e ad ogni suo passo mantenersi religiosamente obbediente alle esigenze del medesimo.

Difesa sociale — Tutela giuridica — Empirismo e Ragione.

È pericolosa una *definizione* (ossia *regola generale*) quando presenta uno di questi due vizi — 1° di essere *perplessa* ed ambigua in ordine al proprio *soggetto*, oppure in ordine al proprio *oggetto*, e peggio ancora ad entrambo — 2° di essere *indefinita* ed elastica nel punto di vista delle sue pratiche applicazioni; per guisa da potere servire di base o porgere appiglio alle più sperticate deduzioni.

Entrambo questi vizi sono inerenti alla formula generale che afferma essere *fondamento* e *misura* del giure punitivo la *difesa sociale*. La cosa è intuitiva purchè senza preoccupazione si mediti.

La *perplessità* di quella formula nasce in primo luogo dal duplice senso che risponde alla parola *sociale*, o *società civile*. Con ciò infatti designasi nella mente di alcuni la *consociazione* intera, ossia lo aggregato complessivo di tutti gl'individui componenti una Nazione. Ma nella mente di altri si esprime una personalità ideale che dicesi *Stato*, e che alla sua volta si personifica in un Re, o in un Senato, in sostanza nel Governo che sovrasta alla Nazione, e che io designerò in genere col nome di *Autorità Sociale*.

Su questa anfibologia si giuocò, e si giuoca continuamente dai pubblicisti delle diverse scuole: intendendosi

dagli uni quella formula nel primo senso; cioè che il giure punitivo legittimamente si eserciti per la necessità della difesa (o tutela) dei diritti spettanti all'aggregato degli individui componenti la Nazione, ed a tutti ed a ciascuno di loro. Ed in questo primo senso la formula procede da un concetto di verità santissima, perchè il *diritto primitivo* spetta a tutta la umanità, e così a tutti i singoli individui senza eccezione; ed a tutti egualmente, perchè uguale per tutti è la suprema *legge morale* che ad ogni essere umano impone uguali *doveri*; e che ha per suo necessario contenuto la *legge giuridica*; non potendo concepirsi una legge razionale impositrice di un dovere, la quale al tempo stesso non conferisca la potestà di esercitare liberamente la propria attività in quanto è necessaria a compiere quel dovere. Laonde costituito da quella legge suprema il *diritto* come necessario contenuto del *dovere*, bisogna riconoscere che alla sua volta il *diritto* ha per necessario contenuto la *potestà della propria difesa;* perchè sarebbe irrazionale e stolta così la legge che imponesse il *dovere* senza concedere il diritto, come la legge che concedesse il diritto senza concedere la *potestà di difenderlo*. Quest'ordine di idee non può disconoscersi tranne da chi infelicemente supponendo gli uomini nati da una fortuita aggregazione degli atomi, come i funghi nascono dall'umida terra ai raggi del sole, neghi ogni legge di natura, ogni legge morale, ogni ordine nella umanità, scompigliatamente gettandola in balìa della forza. Ed in quest'ordine di idee sta benissimo che si dica essere legittima la difesa del diritto (prima sovranità della terra) anche col mezzo del giure punitivo; vale a dire col *divieto* di certi atti umani lesivi del diritto; e con la *punizione* di chi tali atti operò, cioè col minacciare lo spoglio di un suo diritto a chi si fece malvagiamente conculcatore del diritto altrui.

E sempre in questo ordine nitidissimo di idee si giunge per diritta via a riconoscere come atto legittimo la difesa che l'*autorità sociale* faccia di se medesima: non già perchè essa abbia *in se stessa* la propria ragione di esistere (che questo è un sogno impossibile a dimostrarsi) ma perchè essa trova la sua ragione di esistere nei diritti dei conso-

ciati; i quali dovendo essere difesi, e non potendo esserlo utilmente tranne da una potestà che sovrasti ai contendenti, ed emetta giudizio sulle respettive pretese, e che abbia seco la forza per far rispettare ed eseguire i propri giudizi, mostrano aperta la suprema ragione di essere di quella autorità: non come sovrana e donna dei diritti dei cittadini, ma come serva e ministra loro, e come strumento necessario alla protezione dei diritti medesimi. Cosicchè la autorità sociale è il *soggetto* ma non l'*oggetto* della difesa che si esercita mediante la legge penale. Non siamo noi che dobbiamo difendere il Governo per un diritto che a lui competa a ciò. È il Governo che ha l'obbligo ed il dovere di difendere noi e i diritti nostri; e in cotesto risiede unicamente la sua missione *assoluta*, e la unica ragione *assoluta* dello essere suo. E così ancora esso alla sua volta dal dovere che a lui incombe tragge la genesi dei propri diritti e della facoltà di difendere questi e se stesso.

Ma se la controversa formula si intese e si intende da molti in questo primo senso, e se così la s'intende da noi, non mancò per altro, e tuttora non manca, chi miseramente la intenda nel secondo senso, nel quale è falsissima.

Costoro benchè procedenti da diverso punto di partenza sono concordi nel creare una personalità ideale che chiamano *stato*: ed a questa conferiscono tutti i diritti dei singoli. Questa personalità è per conseguenza *assorbente*. E quando ai cultori di siffatto simbolo date in mano la formula che il giure punitivo è legittimato nei suoi fondamenti e nelle sue misure per i bisogni della *difesa della Società*, costoro che già hanno dato a quel simbolo la balìa di gridare la tremenda sentenza *lo Stato son io* (tremenda sempre, sia che emani da un Re o da un Senato o da un Comitato di Pubblica Salute) devono per necessità logica dare alla autorità sociale la balìa di soggiungere altresì *che la giustizia emana da lei*. E ciò vale quanto dire che il giure punitivo è costituito perchè la autorità sociale *difenda se stessa secondo i bisogni suoi*, dei quali essa sola è supremo giudice e moderatore. Di tal guisa l'autorità s'investe del più effrenato potere nel regime penale. Del *divieto*, ch'essa pronunzia contro le azioni anco le più in-

nocenti, essa rende abbastanza ragione quando dice bisognarle vietare quei fatti per la propria sicurezza. Delle penalità quantunque esorbitanti che essa minaccia ha reso sufficiente ragione quando ha detto bisognarle quelle penalità per sostenere e proteggere se medesima. Ammesso il postulato non vi è modo di respingerne i corollarii. E di vero non è mai possibile apporre un limite ai poteri di alcuno se il cardine di siffatto limite non si trova nei *diritti* di altri. Ma se di quel simbolo voi avete fatto una figura assorbente, sicchè i diritti dei singoli consociati si trovino tutti trasfusi in lei, diviene assolutamente impossibile apporle alcun limite, e la legge sarà legge perchè all'autorità piacque di dirla legge e la giudicò conveniente ai bisogni propri. Di tal guisa in questo secondo ordine di idee la formula della *difesa sociale* viene insensibilmente a cambiare di *oggettivo*. Ciò che si vuol difendere mediante il giure penale non è più la somma dei diritti concessi da Dio ai singoli membri del consorzio umanitario; ma è la somma dei diritti attribuiti da una scuola fantastica ad un simbolo ideale. Ed ecco il primo pericolo di quella proposizione.

Niente rileva sul presente argomento la divergenza che possa intercedere fra i cultori di quella figura simbolica, sia in ordine alla sua *genesi*, sia in ordine alla sua *incarnazione*. Malgrado tali divergenze il risultamento per gli effetti che qui si cercano è sempre lo identico. Gli uni infatti (scuola *ipotetica*) fanno nascere quella personalità ideale, e quella trasfusione dei diritti dei singoli da un immaginario *patto* dei nostri antenati; e la incarnazione di cotesta personalità lasciano costoro in balìa degli eventi. Gli altri (scuola *dogmatica* o *favolosa*) attribuiscono la *origine* di quella personalità alla discesa di una divinità sulla terra: e la *incarnano* in una casta od in una famiglia discendente da uomini prediletti e privilegiati. Sì gli uni come gli altri pigliano a base dei loro sistemi un fatto asserito a comodo del sistema, ma non dimostrato nè dimostrabile, ed anzi smentito da tutte le tradizioni storiche; ma i seguaci del secondo sistema sono almeno più logici e positivi che non lo siano i seguaci del primo sistema. Ed anche ciò è intuitivo.

Infatti non sarà mai possibile spiegare con quale autorità la supposta convenzione degli avi abbia vincolato le *persone* dei nepoti per guisa che queste non se ne possano sciogliere e rivendicare i propri diritti. Mentre invece ammesso una volta il postulato dei Re per *immediata* istituzione divina si capisce benissimo come Iddio datore di ogni diritto abbia potuto ritogliere e limitare in perpetuo i diritti delle future generazioni, a favore di uomini predestinati. Ammesso ciò tutto procede per via rigorosamente logica in questo sistema. Per coloro che professano questa dottrina bene è chiaro che la formula della *difesa sociale* non offra pericolo alcuno. Essi non hanno a temere che la si porti a confondere il *soggetto* della difesa con l'*oggetto* della difesa, tramutando in difeso il difensore.

Niente hanno essi a temere di ciò, poichè tale appunto è l'intimo concetto della loro dottrina. Derivando essi la autorità sociale *direttamente* da un ordine soprannaturale vi ravvisano un imperativo categorico autonomo ed assoluto al quale tutto deve curvarsi, ed in faccia al quale scompariscono tutti i diritti dei singoli come luci minori assorbite dai raggi solari; e che si arresta soltanto (logica indeclinabile deduzione anche questa) alla voce di un Gregorio o di un Samuele. Ma l'ultimo pronunciato della odierna scienza politica ha definitivamente reietto la fallace dottrina del diritto divino. La respinge perchè adagiata sopra un asserto gratuito: la respinge perchè disdicevole alla stessa grandezza di Dio; e perchè inconciliabile con la sua giustizia e bontà, repugnando essa alla eguaglianza delle umane creature in faccia al Padre comune. Gli odierni pubblicisti ravvisano invece un imperativo categorico ed assoluto nella suprema legge giuridica sovrastante alla stessa autorità sociale, e della quale questa non è signora ma serva e ministra. Ed allora non si accorgono costoro che mancano di coerenza seco medesimi quando professata questa più vera dottrina, venuti poscia a spiegare i fondamenti del giure punitivo, si lasciano travolgere al vecchio andazzo mantenendo la formula della *difesa sociale*, anzichè tenacemente aderire, come dovrebbero, alla formula della *difesa* o *tutela giuridica*. Non si accorgono che la formula *difesa*

sociale li riconduce fra le onde della dottrina avversaria da loro combattuta e reietta. Mentre la formula *tutela giuridica* libera per sempre il giure punitivo da ogni pericolo di arbitrario, adagiandolo sopra i due cardini positivi che costituiscono le pietre angolari del nuovo edifizio: e sono 1° che l'autorità sociale non abbia potestà di decretare un *divieto* restrittivo della libertà umana tranne dove incontra una aggressione del diritto; e 2° che l'autorità sociale non possa infliggere *penalità* che siano esse medesime violatrici del diritto o perchè *radicalmente* ingiuste, o perchè eccedenti la *misura* dei bisogni di quella tutela.

Stando su questo terreno noi siamo sul positivo; perchè la esistenza dei diritti individuali, la respettiva loro proporzione e respettivo valore, non che le cagioni dei loro pericoli, sono cose che tutti sentono, e che a tutti la coscienza rivela: laddove il diritto che vanta l'autorità sociale alla propria difesa non è ugualmente sentito nè con uguali criterii misurato da tutti; onde ne avviene che la persona fisica del governante sostituisce con tutta facilità il proprio individuo, i bisogni, le velleità, e le passioni di questo ai bisogni della personalità ideale da lui rappresentata; e di qui nasce il secondo vizio della formula controversa.

La *società* (*consociazione*) guardata come la condizione naturale della umanità non è un ente di per sè stante, ma un mero *attributo* degli individui, e di tutti e ciascuno di loro come la bellezza, la intelligenza, e simili. Dato da Dio per legge indefettibile a tutta la razza umana non ha bisogno di essere difeso perchè non offre possibilità di essere aggredito. Sarebbe un delirio quello di chi si proponesse distruggere la socievolezza nella razza umana o costringere un numero di uomini a condurre vita isolata e selvaggia e ferina. Se un individuo per aberrazione di mente condanna se medesimo a tale stato non offende per niente lo attributo degli altri i quali continuano tranquillamente a vivere consociati, e compiangendo quel misero come un demente anzichè temerlo come un nemico, non sentono bisogno alcuno di essere difesi contro di lui. Che se uomini violenti hanno a forza strappato un individuo dall'associazione che si era eletto per costringerlo al perpetuo isolamento nei boschi,

questo fatto che aggredisce l'individuo in un suo diritto sarà senza dubbio criminoso e dovrà essere represso, ma col reprimerlo non si difende già la *società* ma si difende l'individuo; come col reprimere una lesione che deturpi il volto si difende l'individuo nei suoi diritti di personalità fisica, nè può già dirsi *difendiamo la bellezza umana* quasi che la bellezza umana fosse cosa che potesse esistere come ente separato, anzichè come attributo dell'individuo. In questo primo concetto pertanto la formula che il giure penale difenda la società non ha senso possibile.

Ma dalla società *naturale* (stato di consociazione umana ordinato sulla ipotesi della più perfetta e completa uguaglianza) scaturisce la società *civile:* la quale si costituisce dal distacco che si fa di uno o più individui dalla massa dei consociati derogando rispetto a loro il principio della uguaglianza per sollevarli in alto ed attribuire ai medetimi una certa quantità di comando. Anche questo si fa in obbedienza alla legge naturale ed è una necessità umanitaria, perchè necessità umanitaria è la legge universale giuridica insieme al suo contenuto della propria difesa la quale è inattuabile senza l'impero: lo che vuol dire che lo impero si costituisce non per far benefizio a chi ne viene fornito ma per bene e servizio di tutti i consociati affinchè la legge giuridica che è la grande forza delle attività individuali sia efficacemente mantenuta e protetta. Tolta la idea dell'impero la società *civile* sparisce; ma non per far luogo alla dissociazione ed isolamento, che è uno stato preternaturale e impossibile alla umanità. Sparisce per far luogo alla *società naturale* la quale sarà società anarchica ma sempre *società.* Se dunque ciò che forma la essenza speciale della *società civile* è *l'impero*, egli è manifesto che con tutta facilità il concetto che il giure penale sia costituito *per difendere la società civile* si tramuti nel concetto che esso sia istituito per difendere lo *impero.* Ed è ugualmente manifesto che con altrettanta facilità gli individui staccati come sopra dalla massa dei consociati mercè l'attribuzione dell'*impero*, una seconda volta tramuteranno il concetto della *difesa dell'impero* nella difesa di *se medesimi*, delle loro passioni, dei loro interessi; sostituendo così il bene e

la volontà di pochi a quello che sarebbe la volontà ed il bene di tutti. Ecco il pericolo della formula *difesa sociale.* Dite che il giure penale ha per fondamento e misura la *difesa del diritto*, ed evitate qualunque pericolo.

È una visione di inferma mente apprendere il pericolo della dissoluzione *sociale.* La società umana si *trasforma* ma non si *discioglie.* Non si discioglie, perchè è legge divina impreteribile la consociazione; e perchè l'anarchismo è repugnante alla natura in ogni uomo, avendo ogni uomo scolpita in sè la *coscienza del proprio diritto*, il sentimento della *conservazione* del medesimo, ed il riconoscimento della *impotenza individuale* a raggiungere cotesto fine. Laonde se le *società* si trasformano, perchè anche questa è legge suprema impreteribile come contenuto della legge dell'umano progresso, non si trasformano mai in guisa da sostituire a se medesime nè lo *isolamento* nè lo *anarchismo.* Appena la rivoluzione di un popolo ha demolito un *impero* il primo suo atto è quello di cercare chi comandi, e sostituire nuova forma di *impero* a quella distrutta. Le condizioni della natura umana si mantengono per intrinseca forza, perchè ciò che è legge di natura è legge di Dio. La formula dunque *difesa sociale*, che diviene pericolosa nel suo modo pratico di intenderla, guardata in punto di vista astratto è fatua, è priva di senso e di realtà.

Dissi che la formula della *difesa sociale* oltre ad essere pericolosa per la perplessità del suo oggetto (vizio teorico) era pericolosa altresì per la elasticità indefinita (vizio pratico) che dava alle sue applicazioni. Questa mia seconda censura si dimostra storicamente. Infatti la storia esterna del giure penale manifesta con indubitati documenti l'abuso che pertinacemente si è fatto e si va tuttora facendo di quella formula per osteggiare ogni movimento di progresso civile nella dottrina penale. Tutte le conquiste che l'ultimo secolo ha fatto sulla ruggine del medio evo, il quale aveva condotto il diritto criminale ad essere il più fatale nemico della giustizia ed il flagello dei popoli, sono passate per mezzo ad acerrime e prolungate polemiche combattute energicamente fra i novatori ed i conservatori delle tradizioni dei tempi barbari. E nello studio retrospettivo di tali pole-

miche riproducesi costantemente questo fenomeno; che mentre i novatori combattevano in breccia le vecchie nequizie con una dialettica armata dei principii di ragione, di giustizia, di morale, e di umanità, i conservatori perpetuamente rispondevano col solito mistico gergo, tornando sempre a ripetere dommaticamente che la proposta innovazione, per quanto in apparenza ragionevole e buona, non era da accogliersi perchè destruttiva della *difesa sociale*. Eterno luogo comune fu questo, ed ancora lo è, che voi trovate pertinacemente riprodotto con sicurtà meravigliosa in qualunque argomento di riforma penale da coloro che sistematicamente non solo osteggiano nuove riforme ma perpetuamente mantengono frenetica guerra contro le riforme già sanzionate dalla esperienza di un secolo. Luogo comune, che sebbene non sia riuscito ad impedire le belle conquiste della scienza rigenerata (come non basterà ad impedire quelle che rimangono a compiersi) pure ha ritardato e tuttavia ritarda il pieno trionfo del vero, empiendo gli animi di vane paure ed esitazioni.

Si aggredì (a modo di esempio) quella stolta iniquità della tortura. Si mostrò iniquo tormentare e storpiare un uomo del quale era dubbia la colpa, e spesso per un delitto che neppure era certo se materialmente esistesse: si mostrò la fallacia di siffatto mezzo di prova negando che potesse essere tranquillizzante testimonianza del vero una parola estorta dal labbro mercè la violenza di atroci dolori. Ma a tutto questo ed a quanto altro adducevasi contro quella barbara pratica, si replicò per lunga stagione essere una utopia la pretesa di abolire la tortura perchè senza questa era impossibile fare i processi; e conseguentemente impossibile *difendere la società:* la quale disarmata delle corde, delle veglie, e dei chiodi, sarebbe caduta tantosto in una completa anarchia, precorritrice di dissoluzione e rovina. E queste paure bastarono a procrastinare la riforma, ma non a vincere. Legislatori sapienti ebbero il coraggio (e chiamossi allora audacia e temerità) di affrontare quelle paure. La tortura venne poco a poco abolita presso tutti i popoli civilizzati. E la storia che registrò i lamenti ed i tristi vaticinii di quei miseri disperati per la perduta *difesa sociale*,

ha registrato e registra ogni giorno il fatto incontrastabile che noi viviamo tranquilli e sicuri senza il presidio di quello orribile armamentario. Eppure quei paurosi erano logici nel proprio sistema: perchè la società dovendosi ad ogni costo difendere, e non potendo per essi difendersi tranne col terrore, essi avevano bisogno di *condanne* per ogni delitto avvenuto: ed era per loro indifferente che il popolo si atterrisse col sacrifizio del giusto e col supplizio dello innocente, purchè il popolo si persuadesse che ad ogni delitto tien dietro inevitabilmente una pena; e così niente vi era che a siffatto ordine di idee servisse meglio della tortura; la quale quasi sempre portando anche lo innocente a dichiararsi colpevole assicurava che ogni processo avrebbe avuto per sua corona un supplizio (1).

---

(1) Nel 1819 la Borbona di Spagna venuta testè al governo del Ducato di Lucca voleva divertire il popolo, e col frastuono di grandi musiche teatrali farlo sordo al crepitare delle nuove catene, e dimentico dello Statuto Costituzionale promesso dal Congresso di Vienna. Nel teatro Pantera si rappresentavano con grandissima e non più veduta pompa alcuni drammi di Rossini sostenuti dai più celebri cantori d'Italia: e fra questi la *Gazza Ladra*, dramma commuoventissimo, che riproduce la storia pur troppo veridica di una innocente condannata a morte. Io giovinetto allora era condotto dalla curiosità a vedere quello spettacolo; ma la mia indole melanconica me ne faceva uscire scorato e senza voglia di ritornarvi. Quello però che più profonda impressione lasciò nell'animo mio fu il coro col quale si apre la scena ottava dell'atto secondo di quel dramma. È il coro dei Giudici seduti collegialmente per condannare a morte la infelice Nannetta per il supposto furto delle posate. E cosa cantavano quei Giudici? Non ne dimenticherò mai le parole — *Tremate, o popoli — Questo è di Temide l'augusto tempio.* Io non comprendeva ancora che in quella conversione di Temidi in una Erinni si esprimesse una teoria di diritto penale; ma fino d'allora un sentimento istintivo mi faceva ravvisare come una bestemmia il pensiero che la giustizia non dovesse essere la protettrice del popolo, ma il suo *terrore.* Così le false idee di una scuola giuridica si diffondono mediante il fascino di romanzi e di rappresentazioni teatrali, e si perverte il senso morale del popolo. Quella serata, della quale mai si cancellarono in me le lugubri impressioni, fu la mia prima lezione di giure penale, ossia il primo momento nel quale le mie meditazioni furono chiamate su questo tremendo problema della giustizia punitiva; e quasi dirò la prima rivelazione istintiva degli errori che poscia mi diedi con tutte le mie forze a combattere.

Si mosse guerra alla confisca. Si mostrò quanta scelleraggine fosse nel punire gli innocenti alla vece del colpevole, e nel condannare a perpetua miseria i figli senza colpa, per la colpa dei genitori. Ma tornò a ripetersi che tutto questo era niente in faccia al supremo bisogno della *difesa sociale:* che la società doveva ad ogni costo difendersi, perisse il mondo; e che la confisca dovea mantenersi perchè necessaria alla *difesa sociale.* Necessaria perchè la previsione della rovina dei figli poteva essere utile freno alle anime audaci non curanti del proprio pericolo: necessaria per togliere ai figli dei perduelli i mezzi pecuniarii onde preparare la vendetta degli spenti genitori. Ed anche qui i conservatori erano logici nel proprio sistema. Non può infatti negarsi che un governo si faccia gagliardo ponendo sotto la sua mano i patrimonii dei suoi nemici. E se la autorità sociale è autonoma; se ha in se medesima la sua ragione di essere: se il magistero penale (strumento di politica anzichè ordinamento di giustizia) completa la propria legittimità col solo mantenersi nel cerchio della difesa di quella; è manifesto che rimangono utopie i più sacri diritti delle famiglie; e vane parole i rimproveri di aberrazione diretti contro una pena. La autorità sociale replica sempre col perpetuo bisogno di difendere la società: e soggiungendo la società *sono io,* ogni giustizia emana da me, e tutto è giusto quanto io ho giudicato bisognevole alla mia difesa, prosegue tranquilla a conculcare i diritti dei singoli, che sono un niente in faccia al supremo bisogno di mantenere il principio di autorità. E cosa è mai (scriveva De Maistre) cosa è mai la condanna di un innocente in faccia al bisogno della *difesa sociale?* cosa è mai questo evento del quale mènasi tanto scalpore? È un tegolo caduto dal tetto: è un infortunio come tutti gli altri: è un innocente immolato ai bisogni della società come ogni giorno migliaia di innocenti si immolano nelle miniere alla prosperità dello stato, e nelle battaglie al supremo diritto della difesa sociale. Così si argomenta; dimenticando la differenza che passa fra il caso fortuito, che non è capace di violare il diritto, e la opera della autorità che come atto umano ha capacità di violare il diritto; e che quando lo viola non

può mai dirsi giusto per la contradizione che nol consente. E così si argomenta sempre allo appoggio di quella perpetua jattanza del bisogno sociale, sempre asserito e mai dimostrato. Ma la coscienza dei buoni legislatori si ribellò finalmente alla enormezza del punire chi non ha colpa ad espiazione di colpe altrui. La confisca fu abolita da molti codici di genti civili. E la storia tornò a dileguare il fantasma di quella jattanza, mostrando che si può vivere quieti e sicuri senza sacrificare la innocenza. E la storia che non insegna altro che ipotesi quando ricorda ciò che piacque agli uomini di fare nei varii luoghi e nei varii tempi, è maestra di verità positive quando ricorda ciò che gli uomini poterono tralasciare di fare senza che ne avvenissero conseguenze sinistre.

Fu per troppi secoli universale in Euoropa il costume di punire i ladri di morte. Sursero i filosofi a levare un grido contro una penalità cotanto esagerata, mostrandola ad un tempo impolitica per i pericoli ai quali esponeva la vita dei proprietarii; ed ingiusta perchè anteponeva gli averi alla vita umana. Ma tutta la schiera dei conservatori si commosse altamente a quel grido quasi fosse stato il preludio di un cataclisma sociale, e lunga pezza lottò per mantenere la pristina crudeltà, moltiplicandosi intanto i furti ed i latrocinii quanto più si moltiplicavano i capestri, le ruote e i patiboli. Sono senza numero le monografie e le dissertazioni che nel secolo passato si vennero publicando per sostenere la tesi della necessità e giustizia di punire i ladri con la forca. Io molte ne lessi e ne meditai; ma tutte le trovai convergenti nella sostanza delle loro argomentazioni, tutte ricantando la solita antifona che la *necessità della difesa sociale* comandava così. Ed anche qui i conservatori erano logici nel proprio sistema. Essi osservavano che i ladri sono incorreggibili. Per farli adunque smettere di rubare non avvi altro mezzo tranne quello di chiuderli perpetuamente, o di ucciderli: ma rinchiuderli perpetuamente è rovinoso al pubblico erario; dunque bisogna ucciderli: e lo ucciderli è cosa legittima e giusta perchè ciò si richiede dal supremo fondamento del diritto punitivo, cioè il bisogno di difendere la società. Sfrondati dagli ornamenti della erudizione storica

e dalle dimostrazioni del primo postulato, l'ultimo sunto di tutti cotesti scritti stringesi nella suddetta argomentazione. Ed io francamente confesserò che quel primo postulato è vero. Tale me lo dimostrò la clinica delle prigioni da me indefessamente continuata per oltre otto lustri nel patronato dei giudicabili. Fenomeno eccezionale e rarissimo è il ladro che si pente di aver rubato. Il ladro si pente sì; ma di aver rubato *poco;* e dal fondo della sua prigione gira attorno l'avido sguardo in cerca di future prede più pingui. Il ladro si pente sì; ma di aver rubato *incautamente;* e studia le arti migliori per assicurarsi la impunità dei furti futuri, o studia il codice penale per apprendere i modi di rubare con pericolo di pena minore. Di tutto questo io ne convengo pur troppo: ma che per ciò? Per coloro agli occhi dei quali la legittimità della pena si estende fino all'ultimo ed impossibile fine della *cessazione* di un dato delitto, sarà cotesta una ragione che basta a consegnare il ladro alla forca, perchè sicurissimamente il ladro che è ucciso non ruba più, e la società è completamente difesa dalle sue future aggressioni. La formula della *difesa sociale* non ammette replica in questa deduzione. Ma per chi nel giure punitivo riconosce una opera di giustizia non basta si dica e si dimostri che un dato delitto non può impedirsi tranne con esorbitantissima pena, come potè bastare a Dracone. Chi considera il giure penale come emanazione ad un tempo e vindice della legge universale giuridica, non può non tenere da un lato come subordinata a quella legge universale anche la stessa autorità sociale; e non può dall'altro lato ammettere che quella legge giuridica contradica a se stessa. E contradirebbe a se medesima la legge giuridica se per proteggere un diritto minore nell'offeso spogliasse l'offensore di un più importante diritto. La collisione dei diritti è inevitabile, perchè a tutelare il diritto nel cittadino onesto solo mezzo possibile è lo spoglio di un suo diritto nel cittadino colpevole. Questa collisione è una necessità inevitabile dell'ordine umano. La medesima ha bisogno di una potenza che la regoli. Tale potenza è la forza bruta nello stato estralegale; è la ragione nello stato legale, nel quale cioè è la legge quella che regola il modo con cui si dirime simile conflitto. Ma perchè

il modo legale risponda alla ragione e non sia la estrinsecazione di una forza bruta che è sempre ingiusta o parta dall'alto o parta dal basso, il legislatore che prende a dirimere quel conflitto deve regolarne gli effetti secondo un calcolo di proporzione, ed è questo appunto il concetto che in ogni tempo simboleggiossi nella effigie della giustizia ponendole in mano la bilancia. Non già perchè sul piatto di questa si pesassero le velleità e gli interessi degli offesi o dei governanti, ma perchè il lato della pena mai soverchiasse nella sua gravità il lato della gravità della offesa. La questione non è pertanto, se a far tacere un ostinato bestemmiatore altro mezzo non resti tranne quello di mozzargli la lingua. La questione è se la giusta proporzione si osservi da chi per impedire lo scandalo passeggero di una bestemmia non esita a mutilare umana creatura. E la questione portata dai novatori su questo suo vero terreno nello argomento del furto venne facilmente a risolversi nel senso al quale la conduceva la enorme sproporzione che passa fra una somma di danaro e la vita di un uomo. Ed intanto che i savi legislatori venivano cancellando la pena di morte pei ladri, la storia mostrava anche qui la vanità delle vecchie paure e tutto l'arbitrio che giaceva sotto la mistica formula del bisogno *di difendere la società*. E se noi ricordiamo come nella grande famiglia romana si mantenesse la proprietà privata benchè la pena del furto fosse ridotta alla meschina misura del duplo e del quadruplo sul valore del tolto, noi (alieni sempre dal lodare così straordinaria mitezza) non possiamo astenerci dallo stupire di un salto così smisurato quale fu quello che alla pena dei dieci aurei sostituiva un capestro. Tanto fu prodigiosa la forza di quel terribile assioma che tutto si legittimasse per la *difesa sociale*. Non dirò che i furti siano cessati, poichè lo sperare questo effetto sarebbe peggio che un delirio d'infermo; ma certamente non sono aumentati per le minorate penalità: e tanto basta. Diminuirli gradatamente fino alle più minime proporzioni non è opera che spetti al carnefice, nè allo aguzzino. È opera che si compirà dal progresso civile, dalle migliorie nelle condizioni del proletario, dallo incremento della pubblica prosperità, e della coscienza della dignità propria in tutte le classi dei cittadini.

Io potrei continuare per lungo questa analisi critica mostrandone passo a passo la applicazione in ognuna delle salutari innovazioni che la scienza penale odierna ha con infaticabile lotta conquistato sulla vecchia barbarie. Potrei mostrare la ripetizione di fenomeni identici nello argomento della *pubblicità* dei giudizi penali; mostrarla nello argomento delle *impunità* largite ai facinorosi; nello argomento degli *esami dei figli* a testimoniare in danno dei genitori; nel *giuramento* immoralmente deferito agli accusati; ed in altri molti. E vedremmo che ad ogni piè sospinto la scienza rigeneratrice dovette dare di cozzo nel perpetuo rinfaccio che volevasi rovinare la *difesa sociale;* e vedremmo che ad ogni vittoria della scienza lo esperimento dei fatti rispose sempre col dare a quei rinfacci altrettante solenni smentite. Ma poichè queste le sono cose notissime agli illuminati; e quanto ai ciechi od a coloro che non vogliono vedere la luce del Sole sarebbe tempo perduto riandarle, io qui mi arresto in questo studio retrospettivo che da ognuno purchè lo voglia può agevolmente farsi sui monumenti della letteratura penale.

Soltanto mi rimane a mostrare come lo influsso di quella formula, che sventuratamente si guardò come classica, perseveri anche oggi nelle questioni che tuttavia si combattono fra la scuola razionale progressista e la retriva scuola dommatica: e come anche oggi i nemici del progresso umanitario si facciano forti con la vecchia bandiera, e paja loro di aver tutto detto quando hanno ripetuto che le nostre idee lascierebbero senza difesa la società. Questo pure dimostrasi per esempi documentali.

Ma non credasi che io qui voglia applicare la mia osservazione alla questione della pena di morte. No, la mia tesi è troppo apodittica perchè io voglia condurla sul terreno ardente di quel palpitante problema; il quale d'altronde è troppo vasto perchè possa essere trattato come incidente in una monografia. La mia tesi è generale e colpisce tutte le polemiche che si agitano tuttavia nel giure punitivo; e per conseguenza si riproduce anche nella questione del carnefice. Ma io non voglio qui svolgerla in questo punto di vista speciale, dove ognuno può facilmente vederne la ri-

prova a talento suo. Essa è generale; ed a qualsiasi questione si adatti sempre e poi sempre si troverà che mentre noi ragioniamo sul *diritto*, sulla *giustizia*, e sullo esperimento dei fatti, gli avversari nostri non sanno altro rispondere tranne col ripetere enfaticamente una serie di prognosi, le quali adombrate sotto svariato linguaggio altro non esprimono nella sostanza loro tranne la solita necessità *della difesa sociale*. Necessità che niente vale finchè si afferma in genere senza mostrarne il concorso nella questione speciale che vuolsi con quella spada Alessandrina recidere; e che nella questione speciale non si dimostra giammai; nè mai sarà possibile dimostrarla finchè pertinacemente si osteggia lo esperimento dei fatti: poichè lo esperimento dei fatti è l'unico modo possibile di dare a quelle prognosi il carattere di prova, e toglierle dalla nebulosa condizione di arbitrarie profezie.

Bensì mi piace di fare applicazione della mia tesi ad una fra le tante questioni tuttavia controverse; quella cioè della *custodia preventiva:* e con ciò darò termine al presente discorso.

Ma nel toccare la polemica relativa alla carcerazione precedente al giudizio io non intendo dare una larga trattazione di questa grave materia. Non intendo risalire alle origini, e cercare come si mantenesse la pubblica sicurezza nella prisca Roma, ed appo i popoli nordici, ed altri, dove durò il costume di consumare i giudizi criminali contro gli accusati a piede libero. Io non indagherò nei monumenti legislativi e nelle elaborazioni dei pubblicisti i tentativi e progetti di varie forme che sonosi recati innanzi onde conciliare le guarentigie della giustizia col rispetto alla libertà individuale. Io mi limito ad un punto di vista tutto positivo: mi limito a ravvicinare fra loro due pagine di storia contemporanea e nostrana; facendo un rapido confronto fra il sistema toscano relativo alla carcerazione giudiziaria che fino al 1866 mantennesi felicemente e con sì belle prove fra noi; e le riforme nuovissime che qua furono recate al nostro sistema dal nuovo codice di procedura penale Italiano (1865) e che dal cadere di quell'anno sono venute a darci dolorosissimi esempi di vessazioni inique e

superflue, e di intollerabili arbitrii. Ricorderò poscia da un lato le ragioni giuridico-politiche tutte semplici e salde che avevano guidato i legislatori toscani a quello aureo sistema; ponendole dall'altro lato a confronto con le speciose argomentazioni con le quali i riformatori vollero portare censura sulle pratiche nostre e levare a cielo i nuovi ordini che a quelle furono surrogati. E questo confronto mi ricondurrà alla mia tesi, dimostrando una volta di più che la scaturigine di tutti gli errori ed abusi nel giure penale è sempre la formula che assume come fondamento del medesimo e come suo misuratore la *difesa sociale*, in luogo e vece della difesa del diritto, o *tutela giuridica*.

Premetto alla comparazione dei due sistemi una considerazione generale intorno al cardine respettivo: considerazione che emerge nitida a chiunque fisi gli occhi della mente senza preoccupazione nei due sistemi; e che apparisce incriticabile a chiunque potè vedere e vede la vita pratica dell'uno e la vita pratica dell'altro. L'ultimo concetto degli ordini toscani fu questo: che il cittadino si carcerasse per *volontà precisa* della legge e non per volontà o *capriccio dell'uomo*. L'ultimo concetto degli ordini nuovi fu quello all'opposito, che nel fatto dello incarceramento o scarceramento di cittadini pria del giudizio la legge lasciasse all'*arbitrio dell'uomo* la maggiore balìa possibile: cosicchè il governo della legge che prima era autocrata in questa materia divenisse subordinato ai placiti dei suoi funzionari. Ciò emergerà chiarissimo dall'analisi delle rispettive disposizioni, come chiarissimo emerse a chiunque con occhio imparziale le contemplò e le contempla nella loro vita pratica.

Il sistema costituito per le giudiciali osservanze e leggi positive toscane può ridursi a quattro precetti.

1° Mai sostenere nelle carceri giudiciarie un cittadino per un delitto del quale sospettisi autore, se prima non è dimostrata la *materiale* esistenza di quel delitto.

2° Mai consegnare alle carceri giudiciarie un cittadino se il reato che a lui si appone non è tale che potesse condurlo a *pena superiore* ai due anni di carcere.

3° A questo secondo precetto farsi eccezione soltanto per

certi titoli di reato che non nascono da accidentalità istantanee ma da una passione che facilmente si converta in *abitudine* sistematica.

4° Mai concedere libertà provvisoria agli imputati di delitti che li espongano ad una *pena superiore ai due anni di carcere.*

Tutti e singoli questi precetti emergono da uno stesso principio. Cioè dal trovare il *fondamento* e la *misura* della pena nella necessità della *difesa* del *diritto.* Infatti:

1° La suprema legge giuridica è legge *universale.* Dio ha distribuito il diritto a tutte le umane creature (ed a tutte ugualmente) a complemento della legge morale, perchè tutte possano obbedire a questa mercè l'esercizio libero della attività individuale. A tutte ugualmente lo ha distribuito col suo necessario contenuto della inviolabilità e della facoltà di difesa. Onde consegue dalla regola la eccezione che la inviolabilità del diritto individuale cessi nel colpevole, il quale è giusto si spogli di una parte dei suoi diritti a riparazione della offesa da lui recata alla legge con l'aggressione del diritto di un suo simile. Così la menomazione del diritto nell'individuo sotto forma di pena è legittima perchè rientra nell'ordine supremo della tutela giuridica. E se è legittima la pena deve aversi per legittimo anche tutto ciò che è indispensabile a *preparare* la pena: vale a dire gli interrogatorii, le perquisizioni, le ricerche tutte occorrenti al processo, e la assicurazione dello imputato affinchè non impedisca il processo e non si sottragga alla pena. Tutto ciò corre limpido, e tutto ciò deriva dalla natura stessa della legge giuridica. Ma se questa legge è *universale*, egli è chiaro che essa deve proteggere il diritto anche nello *stesso imputato.* E il diritto dell'imputato non può dirsi quello di non essere molestato quando è innocente, perchè ciò è cosa non ottenibile in mezzo alle tenebre che spesso circondano il delitto, ed alla insipienza umana; ma bensì il diritto (ed io lo considero come diritto *assoluto)* di non essere molestato finchè non è certo che *abbia esistito il delitto* il quale è la sola causa che rende legittime (o almeno non ingiuste a priori) le molestie inferite contro di lui. Se la esistenza della offesa al diritto è

la unica ragione che giustifichi la restrizione del diritto dell'individuo preso di mira dall'autorità, è manifesto che qualunque restrizione dei suoi diritti esercitata prima dello accertamento di quella offesa è prepostera, arbitraria, ed iniqua. Ecco la ragione di quel primo precetto.

E questo primo precetto vidi religiosamente osservato nei primi sette lustri del mio patronato. Rarissimo io vidi il deplorabile fatto che un giudizio criminale si sciogliesse con una dichiarazione che il supposto delitto era un sogno. Non vidi altrettanto di poi: e negli ultimi sette anni io vidi di cotali risoluzioni un numero maggiore che non ne vedessi nei sette lustri precedenti. Ora è un vecchio impiegato che si fa languire quattordici mesi nelle carceri sotto l'accusa di peculato per poscia al pubblico dibattimento vedere chiariti gli errori di un perito fiscale, e sentir proclamare che neppure un obolo della pubblica pecunia era mai stato sottratto allo erario. Ora è un galantuomo portato alle Assise di Pisa sotto il titolo di omicidio per sentire giudicare che lo estinto venne a morte per tutt'altra causa fuorchè le lievi percosse a lui inferite dall'accusato. Ora è un cittadino che si difese contro un assassino, e che ha dovuto attendere in carcere un anno per udire riconosciuto che non esiste delitto perchè il suo fatto era autorizzato dalla legge. Ora è una sventurata che si volle colpevole d'infanticidio la quale dopo lunghe angoscie ed amarissimi scorni ode finalmente lo oracolo della giustizia riconoscere che il suo bambino era nato morto (1). E poi si declama

(1) Fa rabbrividire la precipitazione con la quale uno zelo ubriaco procede talvolta nei casi di sospetto d'infanticidio. Non voglio ricordare gli esempi di oneste zitelle sottoposte per quel sospetto ad inquisizione personale e trovate vergini; perchè tali eccessi sono fortunatamente eccezionali e rarissimi, e sono colpa di un uomo, non della legge, nè di un sistema. Ma giornalieri pur troppo sono gli abusi dell'arresto preventivo contro simili sventurate. Guai alla fanciulla che colpevole di un fallo amoroso ha la disgrazia di partorire una creatura morta! È impossibile pretendere in costei l'eroismo di pubblicare il suo fallo per obbedire alla legge sullo Stato Civile consegnando un cadavere alle autorità. Essa avrebbe obbedito alla legge ed al sacro dovere materno assicurando la esistenza della sua creatura, se ne avesse udito i vagiti.

contro le assoluzioni dei giurati, e si deplora che talvolta una intiera sessione di Assise si compia senza neppure una condanna! Dovrebbe invece gridarsi allo scandalo dei processi senza base; allo scandalo degli invii precipitati; ai mali delle tarde riparazioni delle allucinazioni zelanti.

2° Il secondo precetto emana dai medesimi cardini. La legge giuridica permette la restrizione dei diritti dell'imputato prima che la condanna abbia accertato la sua colpevolezza perchè ciò è reso legittimo dalla legittimità della pena, in quanto è indispensabile che la pena venga *preparata* mediante il processo, ed *assicurata* mediante la esecuzione della condanna. Ma il primo di questi due motivi non sarebbe che *eccezionale* e limitatissimo. Infatti: — 1° Al bisogno degli interrogatorii servirebbero i mandati e le accompagnature alle quali lo imputato presterebbesi tanto più spontaneo quando non avesse a temere che il giudice dopo interrogato lo cacciasse prigione: ed anzi se non fosse per quella paura lo imputato sarebbe più facile a confessare il

---

Ma poichè trovasi fra le mani un cadavere, non avvi più sentimento di affetto che la trattenga dal provvedere all'onor suo col seppellirlo o nasconderlo. Ebbene? Cosa ne viene da ciò? Se il cadavere è ritrovato, la giustizia non esita un istante a porre la mano sopra di lei. Si verificherà dopo a comodo dei periti fiscali se il bambino nacque vivo, o se incontrò la morte pria della vita estrauterina; vale a dire se esiste un delitto od un infortunio: ma intanto arrestate. Arrestate, arrestate, ancorchè l'arresto sia una calunnia, dove ancora non si ha la prova del materiale.

Arrestate; e con tutta la maggior possibile pompa e pubblicità trascinate quella misera puerpera alla prigione in mezzo ai fischi ed alle grida di una plebaglia ignorante. Voi le rovinate la salute; voi ne disperdete l'onore; voi le rendete impossibile un onesto avvenire; e perchè ciò? Temete forse che quella misera febbricitante abbia mezzi e modi per sottrarsi alla pena quando venga a risultare da lei meritata? Ipocrita è siffatto timore in un grande e potente reame che voi volete rendere piccino. Ma intanto migliori verificazioni vi costringono poi a confessare che *non esisteva delitto*, e il male che cagionaste a quella infelice non avete potenza di ripararlo. Questo è il dramma luttuoso che veggo spessissimo riprodursi nella pratica. Lode sempre ai tiranni: essi almeno sono logici! I reali di Francia dichiaravano delitto in una fanciulla la occultazione del parto, e come tale la punivano severamente: ma essi erano logici perchè si stimavano in obbligo *di vendicare il pec-*

suo fallo. Ei lo confessa spessissimo alla pubblica udienza; e richiesto del perchè negasse al giudice, risponde *negai per timore che mi mettesse in carcere:* e bisogna restare a bocca aperta senza sapere come replicargli. E questa è STORIA. E ciò mostra a chi sa intendere che la custodia preventiva spesso agisce in senso precisamente contrario a quello che credesi ottenere. — 2° Al pericolo di brighe e minacce sui testimoni riparerebbe la vigilanza della polizia: e debbo anche dire che li accorti istruttori sono molto lieti di simili mene: e questo io lo so per ammaestramento di vecchi magistrati confermato dalla esperienza mia; che spesso vidi inquisizioni rimaste nelle più fitte tenebre riuscire ad inaspettata lucidità perchè lo imputato lasciato libero ma vigilato, aveva con le stesse sue brighe guidato la giustizia sulle traccie occulte della prova desiderata e chiamato il fulmine sul proprio capo. Un vecchio giudice istruttore mio cugino ed amico (Francesco Totti) che per

---

cato. I nostri moderni liberaloni si guardano bene dal proclamare *la vendetta del peccato.* Cancellano il vecchio titolo di *delitto,* ma conservano la *pena* col facile abuso della carcerazione immediata.

E se voi interrogate la *teoria*, non trovate chi vi dica che le cose debbono andare così. L'esimio professore Madia nel volume primo del suo *Corso di procedura penale* a *pag.* 231 insegna esser regola dell'antico e del nuovo *diritto* doversi procedere all'arresto del reo dopo *raccolta la prova generica e la specifica, sorgendo indizi gravi contro la persona dell'imputato.* Così si scrive e così s'insegna in buona fede all'Italia, e si dà a credere all'Europa che quella regola di civiltà universale sia tuttora rispettata fra noi, perchè si presta fede alle belle parole di qualche articolo del Codice di Procedura; parole tutte che somigliano le lettere degli innamorati, scritte ad arte pel fine *di fare effetto sull'animo altrui*, ma con la riserva mentale che non se ne debba far niente. E pur troppo in pratica non è così. Gli agenti di polizia arrestano sulla più vaga voce e sul più lieve sospetto: se veramente vi fu delitto si cerca dopo, perchè il bisogno della *difesa sociale* esige che si impedisca senza dimora la fuga tutte le volte che vi è *possibilità* di colpevolezza, e così è necessità che avvenga, perchè la giustizia è infeudata al potere esecutivo: e gli abusi degli agenti di questo diventano presto consuetudine ed uso, e la magistratura ha le braccia legate per portarvi riparo. Forse in altre provincie d'Italia non sarà così. Ma nelle provincie dove io esercito l'Avvocatura il corso ordinario delle cose è questo; e tutti ne sono testimoni.

più di trent'anni continui aveva dato prove di straordinaria abilità (ma non di quella che oggi si fa consistere nelle insidie, nei tranelli, e nelle frodi) soleva dirmi che questo o quel processo glielo avevano rovinato con la troppo sollecita carcerazione. Bisogna (diceva egli) lasciarli fare; lasciarli discorrere ed allietarsi alla fiducia di essere rimasti occulti: bisogna lasciarli circuire i testimoni; lasciarli spendere i denari furtivi; affrettarsi a godere i benefizi del delitto: in una parola lasciare che nasca spontanea la somma degli *indizi posteriori al delitto* la quale è spesso potentissima e ruinosa contro l'imputato. Con arrestarlo subito si demolisce ogni possibilità di questa ricca messe di prove; si spoglia di ogni valore la pubblica fama, la quale è niente se nata dopo l'arresto; si rende impossibile la latitanza che è pure gravissimo indizio. Sicchè una seconda volta scorgesi che chi propugna la custodia preventiva su quel primo motivo controagisce al fine cui tende. — 3° In terzo luogo questo motivo non ha più significato dopo che il processo è compiuto e la prova assodata. Laonde se fosse per questo solo motivo la carcerazione preambula non potrebbe prolungarsi dopo chiuso il processo. — 4° In quarto luogo questo motivo dileguasi affatto in tutti i casi di *sorpresa flagrante*, nei quali la prova apodittica del reato in genere come in specie è immediatamente acquistata dal relativo verbale, ed indefettibile. — 5° In ultimo luogo avverrebbe lo stesso nei casi di reo confitente che da se medesimo abbia offerto la prova del proprio reato. Sicchè in conclusione se la carcerazione preventiva procedesse da questo solo motivo essa non sarebbe che una eccezione rarissima e fugace.

Ma al bisogno di *preparare* la pena mediante il processo, sussegue il bisogno di *assicurare* la pena dopo la condanna. Per quanto l'imputato durante le procedure si fosse mantenuto reperibile nella speranza che fosse ignota la propria colpevolezza, ed anzi nella veduta di meglio tenerla ignota con ostentazione di sicurtà, non mancherebbe però di mettere le ali ai piedi e darsi alla fuga abbandonando il paese quando il giudizio volgesse a suo danno, e più quando la sentenza lo avesse severamente colpito. Bisogna adunque

arrestarlo perchè non fugga e perchè la pena divenga una verità. E poichè la necessità della tutela giuridica rende legittima la pena, essa rende altrettanto legittima la custodia preambula, senza la quale sarebbe in balìa del delinquente *sostituire* alla pena *ordinata dalla legge* la diversa pena da lui preferita del *perpetuo bando* dalla patria. Ecco la ragione cardinale che determinò le leggi Toscane ad accogliere la carcere preventiva coerentemente al principio fondamentale che signoreggiava nelle nostre scuole la ragione di punire. Era un calcolo di rapporto fra la *pena legale* e la *pena volontaria* impostasi dal fuggitivo. Quando questa era più *grave* di quella, la tutela giuridica era soddisfatta, il diritto era riaffermato bastantemente e difeso dove anche il colpevole esulando si fosse sottratto alla pena *legale*. Nel concretare questo calcolo i nostri legislatori giudicarono che il *bando perpetuo* dalla Toscana fosse pena più grave di *due anni* di prigionia; giudicarono che i cittadini dovessero tornare ugualmente tranquilli quando l'uomo nefasto che ove si fosse carcerato avrebbe dopo due anni (al più lungo) ricuperata la sua libertà con una problematica resipiscenza, li aveva invece liberati in perpetuo dalla sua minacciosa presenza. E così disposero.

Bene è vero che qui deve aggiungersi una osservazione la quale non si fa e non può farsi dagli avversari nostri, molti dei quali censurano le leggi toscane senza studiarne e comprenderne tutto lo insieme. Il calcolo di comparazione fra la pena *legale* e la pena *volontaria* si potè instituire in Toscana fra il massimo di *due anni* di carcere e il *bando perpetuo* perchè la Toscana non volle mai ammettere *prescrizione di pena*. Dove questa si ammette potrebbe dirsi che la *pena volontaria* sostituita alla pena *legale* non è il bando perpetuo, ma un breve esilio: e che i cinque od anche i dieci anni di esilio non sono equivalenti a due anni di prigionia; e che perciò bisogna carcerare subito anche i sospetti di reati minori. La osservazione par giusta: ma non è logico il ragionamento, perchè esso vuole con una legge cattiva giustificare una legge peggiore. Noi Toscani non ci dolemmo giammai che per noi non esistesse prescrizione di pena. Noi fummo sempre proclivi a guardare

questo fatto come un premio alla malizia di un colpevole manifesto; e come una delle solite prevalenze della politica sulla giustizia, la quale non trova nella forza esteriore del tempo la riparazione ad una offesa giuridica che non è stata riparata. Ci saremmo peraltro doluti (come ce ne duole) di vedere per favorire un colpevole matricolato e convinto sacrificare molte innocenti vittime di un sospetto. Come può egli trovarsi un senso di giustizia in questo confronto? Per non togliere al delinquente accertato il benefizio di barattare a talento suo la perdita di qualche centinaio di Lire ed un viaggio all'estero coi cinque anni di prigionia che aveva meritato, come puossi seriamente amar meglio di gettare per sei e per otto mesi in una prigione altri che tuttavia può non esser reo, e che quando in fin dei conti risulti macchiato di un leggiero fallo si troverà avere meritato per tutta sua pena i tre o quattro mesi di prigionia! A tali confronti il mio senso morale si scuote e parmi impossibile tanta contradizione. Ma ciò sempre deriva da porre a base della ragione punitiva quella formula della *difesa sociale* che tanto arieggia al male di nervi, anzichè assiderla sul piedestallo della tutela giuridica. In quanto a me preferisco si mandi al diavolo mille volte la prescrizione della pena (1), che è protezione dei colpevoli, prima che estendere a tutti i piccoli falli la carcerazione immediata che pone in pericolo tutti gli onesti. Questa è la mia professione di fede: e si cessi una volta dallo inveire contro

---

(1) A questo punto è sembrato allo illustre Geyer, nel resoconto del quale si degnò onorare questo mio scritto (*Kritisch Vierteljahrscrift, lib. XV, fasc.* 2, *pag.* 210) di appuntarmi come se contradicessi ora la opinione favorevole alla *prescrizione della pena* da me dopo qualche esitanza accettata nel *Programma* dal § 714 al 718. Ma non sussiste che io qui cambi opinione. Anche nel *Programma* mi manifestai contrario alla *prescrizione della pena* accordata senza *eccezioni e distinzioni di casi*: e, salvo questo, l'ammisi come tuttora sono proclive ad ammetterla in genere. Ma quando nel tema presente si vuole dal benefizio di prescrivere la pena concesso al *condannato* desumere una ragione per proclamare necessaria la più effrenata carcerazione preventiva, io mi dichiaro a questo luogo pronto a rinunziare alla prescrizione della pena, che favorisce un *condannato*, anzichè sottostare alla pre-

la asserta pietà toscana (1) verso i delinquenti, mentre invece le pietose ed arbitrarie protezioni prodigate a costoro sono tutte figlie delle nuove leggi, le quali si mostrano larghissime di siffatta pietà, purchè però (ciò s'intende) la medesima si eserciti sovranamente dall' arbitrio di coloro che si dicono rappresentanti *della difesa sociale.* Ma qui basti aver dimostrato che anche quel secondo precetto toscano procedeva da ragioni saldissime.

---

ventiva custodia, che colpisce molti *innocenti* semplicemente *sospetti.* Ecco dunque l'ordine delle mie idee. Finchè la prescrizione della pena si presentò al mio esame nelle sue condizioni ed *effetti naturali* io non trovai difficoltà ad ammetterla. Ma quando si recò innanzi come *effetto* ulteriore della prescrizione la *necessità* derivante dalla medesima di allargare il carcere preventivo, io trovatomi fra l'antipatia decisa contro questo, e la poca simpatia verso quella, non esitai, come non esito, a rinunciare a quella, se essa deve essere a così caro prezzo pagata.

(1) Da qualche tempo sono venute in moda anche in Italia le ironie ed i motteggi contro gli umanitarii, ed alcuni giornali non cessano di dare meschina prova di spirito con facezie agevolmente raccolte su questo terreno. Anche questo non è che una imitazione di Francia, dove siffatto modo di guerra ai progressi del giure penale fu iniziato da Karr, e da lui e da altri continuato con molto ingegno. Ma tale sistema è logico e leale soltanto finchè si adopera a sostegno della pena di morte e della severità nelle pene. Le due scuole della mitezza e della severità nel punire si trovano a fronte da più di un secolo e sono ambedue rispettabili, perchè ognuna di loro sostiene una *opinione*, ognuna di loro discute una *questione*, nella quale ciascuna propugna il modo suo di vedere e sentire. Ora tutti sappiamo (e ce lo insegnava fin dai suoi tempi quella buon'anima del Decolonia) che fra i modi di argomentare permessi ed anche consigliati dalla rettorica ad un oratore trova pur luogo quello della ironia. Ma di questa foggia di argomento si abusa e si diviene sleali ed illogici quando si applica ad una materia nella quale viene innanzi non un *colpevole* per il quale si predichi *misericordia*, ma un *innocente* pel quale si chieda *giustizia*. Allora non più si tratta di una opinione, ma di una *scuola* possibile. Nessuno a fronte scoperta vorrebbe sostenere oggidì che la società abbia il diritto di *martoriare l'innocente*, per la veduta o pretesto di farsi meglio gagliarda. Non vi può essere questione che sia questione su questo terreno: ed allora la ironia diviene un artifizio rettorico, sleale ed illogico, giacchè a mala fede si sostituisce alla rigida argomentazione il motteggio per mascherare la inesistenza della questione e far supporre che siavi questione dove questione non è possibile. Finchè i così detti *conservatori* si compiacciono appuntellare il trono del carnefice coi sarcasmi contro gli uma-

3° Ma i nostri legislatori non avevano portato la mente soltanto ad assicurare fin dove ne correva il bisogno la pena come tutela indiretta dei diritti dei consociati: essi avevano eziandio provveduto alla difesa diretta contro certi colpevoli. Vi sono reati che nascono da mere accidentalità e da fugaci ed instantanee passioni, sicchè bene possa prevedersi che chi una volta cadde in quel fallo forse più non sarà a ricadervi per tutta sua vita. Avverso costui il diritto è tutelato abbastanza quando si è assicurata la riparazione del male fatto. Non vi è ragione di presumere che egli tornerà ad offendere la legge: ciò sarebbe una divinazione la quale mai può essere causa legittima di coercizione. Ma all'opposto vi sono reati i quali rivelano un calcolo sistematico di aggressioni ai diritti altrui, assunte come mezzo abituale di alimentare i propri vizii e migliorare la propria fortuna.

---

nitarii, essi sono nel loro diritto; se però è vero che sia *umanità* abolire la pena di morte; lo che (per mio particolare sentire) è assai problematico. Ma quando la folla degli imitatori avida di far ridere i lettori di qualche giornale insipiente, e mirando a divenire *retriva* sotto la larva di conservatrice, trasporta la ironia dal terreno della *quantità e qualità delle pene* alle questioni di *forma*, di *rito*, di procedimento penale, il motteggio sul suo labbro diviene la ironia del cannibale, il quale dice alla sua vittima: io ti divoro legittimamente, perchè ho fame e perchè sono più forte di te. Quando noi ci opponiamo alla carcerazione degli innocenti, alle frodi usate nei processi per dare all'innocente sembianza di colpevole, ai tranelli tesi alla coscienza dei giudicanti, ai bavagli imposti al diritto di difesa, al disprezzo delle guarentigie degli onesti contro gli errori giudiciarii, noi non possiamo accettare la guerra fatta a motteggi; noi non possiamo tollerare che si parli di *umanitarismo*, perchè chi protegge la innocenza non fa atto pietoso ma giusto: e sebbene possa nelle terrene vicende avvenire che talvolta un colpevole faccia suo pro degli ostacoli opposti all'errore per tutela dei buoni, questa accidentalità non muta la tesi. Umanitarii senza sufficiente ragione sono coloro che dopo aver fatto con gran pompa e grandi spese un giudizio solenne contro uno scellerato e proferita gravissima pena lo restituiscono poi senza molestia alla società in premio della sua latitanza: e di siffatta umanità si compensano col tormentare centinaia di innocenti. Le leggi toscane non erano *umane*, ma *giuste*, perchè procedevano con direzione ad un obiettivo razionale e costante: la difesa dei buoni cittadini così in faccia ai soprusi dei loro eguali, come in faccia ai soprusi dei loro superiori.

Gli autori di tali reati può con tutta probabilità prevedersi che torneranno alla offesa. Così l'avidità è passione difficilmente saziabile, sempre viva e sempre pronta nel cuore del ladro. E il ladro mentre voi lo processate e lo chiamate al giudizio profitterà dell'agio che voi gli lasciate per raccogliere nuovo bottino. La previsione dei bisogni suoi e della famiglia durante la espiazione della pena, gli stessi bisogni della sua difesa legale saranno stimoli che lo renderanno più sollecito a rubare, nuovamente rubare e rubare quanto più può. Il processo stesso che voi gli fate quanto più toglierà a lui speranza di tenere occulta la propria colpa, tanto più aumenterà i pericoli dei proprietari rimpetto a lui. Dunque è necessario fermarne gli atti per proteggere il diritto minacciato così da vicino. E quando la carcere muove da tale cagione essa è piuttosto una misura di polizia che una vera carcerazione giudiziaria: e può dirsi carcere *preventivo* nel rigoroso senso di questa parola (cioè adoperato per impedire o prevenire nuovi delitti) anzichè nel significato comune e puramente cronologico, cioè *preventivo* perchè *precede* il giudizio.

Ecco le ragioni sensibilissime di quel terzo precetto toscano. È dunque assolutamente falso il rimprovero di soverchia rilassatezza e benignità che si va facendo ai vecchi ordini toscani intorno la distribuzione e limiti della custodia preambula. No: i padri nostri non furono *pietosi* ma *giusti* verso i colpevoli, quantunque non ancora proclamati tali da un oracolo definitivo. Non abolirono (nè noi vorremmo abolire come stoltamente ci si appone) la carcere giudiciaria per tutti i delitti. Questa è calunnia (1). Essi

---

(1) Nessuno della nostra scuola sognò mai di propugnare l'*abolizione* della custodia preventiva. Quanto a me ho sempre elogiato il sistema toscano quale era elaborato dalle leggi e dalla giurisprudenza. E neppure è vero che gli onorevoli Barazzuoli e Morelli nel progetto di legge che presentarono alla Camera nella tornata del 30 luglio 1870 (e che può leggersi per intero nel numero 222, anno 14, del Giornale *La Nazione*) proponessero siffatta abolizione. Quella proposta ravvicinava la teorica alle leggi toscane sopra basi in *apparenza* più larghe e liberali, ma tutt'altro che abolire la custodia. Ho detto *in apparenza*, perchè, quantunque io abbia la più alta stima e reverenza grandissima verso quei

mantennero con rigorosa ed inflessibile osservanza questo presidio del diritto. Ma vollero si mantenesse soltanto dove un ragionato pericolo del diritto lo rendeva giustificabile. E soprattutto vollero che il giudizio di questo pericolo si pronunziasse dalla *legge* con calcolo positivo ed *uguale per tutti:* anzichè commetterlo alle onde mal fide dello *arbitrio* di pubblici funzionarii sotto l'unico freno della elastica appreziazione personale di quella fantasmagorica formula della *difesa sociale.* La libertà individuale deve tollerare dei freni pei bisogni della tutela giuridica, ma questi freni deve determinarli la legge ugualmente per tutti, e non il capriccio umano sempre mutabile. Ecco il sublime concetto degli ordini toscani a noi miseramente ritolti. Benignità e rigore sono fuori della questione: sono parole vuote di senso dove il supremo criterio regolatore è la sicurezza degli individui.

---

miei amici e verso i lodatori di quel progetto, mi permetto di osservare rispettosamente che non potrei accettarne la formula, perchè ho invincibile repugnanza contro le definizioni indefinite, le quali sono sempre funesto veicolo al più tremendo flagello della giustizia penale, voglio dire l'*arbitrio.* Il criterio del *sospetto di fuga* come regolo della carcerazione preventiva si deve assumere dal *legislatore;* esso deve studiarlo nelle sue più probabili estrinsecazioni, e queste svolgere *egli medesimo* in chiari ed aperti dettati, come avevano fatto i legislatori toscani. Non deve esautorarsi, e consegnare alla balìa degli esecutori la valutazione pratica del criterio razionale da lui assunto a guida delle sue determinazioni. Con ciò si converte in *legge* la *ragione della legge;* ed è cosa viziosissima, perchè la legge si viene in tal guisa a dettare da chi dovrebbe soltanto eseguirla. La ragione che legittima la carcerazione è il *sospetto di fuga:* sta benissimo. Ma quali siano le circostanze esteriori che rendono legale il *sospetto di fuga* deve giudicarlo e prestabilirlo il legislatore. Se fate un articolo (come vorrebbe il progetto suddetto) che autorizzi i funzionari ad ordinare l'arresto tutte le volte che siavi *sospetto di fuga*, voi avete detto una parola ma non imposto un precetto. L'ufficiale meticoloso non arresterà alcuno, perchè (tranne casi rari ed eccezionali) dirà: non mi consta che colui voglia fuggire. L'ufficiale fiero e zelante arresterà tutti, e sempre addurrà la facile giustificazione che egli sospettava una fuga. Non ho voluto dir questo a censura di quel progetto, perchè nel medesimo io ravviso piuttosto la proposta di un *concetto* che doveva informare la legge da farsi anzichè la definitiva redazione delle formule legislative. Queste dovevano emergere dallo svolgimento della discussione, che disgraziatamente non potè aver luogo.

4° Ed anzi le vecchie leggi toscane erano più severe delle nuove dettate alla Italia. Con questa differenza che le vecchie erano *severe con i gravi colpevoli,* mantenendosi *giuste* coi delinquenti minori. Laddove le nuove riforme sono tutte benignità e larghezza per i gravi delinquenti, mentre sono oppressive ed inesorabili verso i piccoli falli.

Questo raffronto emerge dal quarto precetto toscano. Ho detto che la ultima regola della teorica toscana sulla carcerazione preventiva era quella di *mai* ammettere la liberazione dello imputato prima del giudizio quando il titolo obiettato a quello poteva esporlo ad una pena superiore a due anni di carcere: e le ragioni di questo limite le ho descritte testè. La riforma italiana del 1865 ha invece aperto la via di sottrarsi al carcere preventivo anche a coloro che sono sotto accusa di reati passibili di pene maggiori, ed anche fino alla durata di dieci anni e di venti anni di relegazione (come fra poco esporrò) purchè peraltro abbiano quattrini, e purchè così *piaccia* ai pubblici funzionari, e non altrimenti. È dunque innegabile che in questa parte erano assai più rigorose le leggi toscane, e che insulso e mendace è il rimprovero del troppo favore pei colpevoli a pericolo degli onesti. Ma qual'era la ragione di siffatto rigore? Questo è ciò che adesso dobbiamo esporre.

Gli abiti e le istituzioni della Toscana furono sempre fino dai più remoti tempi le più democratiche di tutta Europa. Da un sentimento ne scaturiscono mille: e il sentimento della uguaglianza di tutti gli uomini fu così istintivo nella gente nostra che non vi fu bisogno di scriverlo pomposamente sui cartelloni, quasi fosse un nuovo vangelo proclamato da nuovi apostoli, perchè era in tutti i cuori scolpito. Ecco perchè il rimedio della liberazione provvisoria del carcere mediante cauzione non gettò mai radici in Toscana. Il rimedio della cauzione è gradito dai popoli che hanno più o meno tendenze aristocratiche. E vi vuol poco a capirlo. Esso è in ultima sostanza un facile mezzo col quale il ricco esce tosto dalla prigione mentre il povero per lunghissimo tempo continua a gemere in quella (quantunque forse innocente) per l'unico delitto di non avere denaro. A questo momento del mio discorso io non voglio discutere

per largo l'argomento delicatissimo della *cauzione*. Qui espongo solo i fatti ed accenno le loro cagioni. E i fatti sono che i nuovi legislatori trovano per la loro difesa sociale compenso bastevole ad una grave pena delusa e sfuggita nel guadagno che potrà fare l'Erario di poche centinaia di lire; e credono di poter dormire tranquilli all'ombra di questa derisoria indennità. I toscani invece perchè sempre ebbero fisso nel cuore quel grande vero che il giure penale deve essere la *difesa del diritto*, non simpatizzarono per questa compensazione. Essi poterono persuadersi che il *diritto offeso* avesse sufficiente riparazione quando alla pena *legale* di due anni di prigionia si surrogava la pena *volontaria* del bando perpetuo: ma non poterono ugualmente persuadersi che la perdita di 300 lire gettate sulla bilancia della giustizia bastasse ad attribuire alla pena *volontaria* di un esilio temporario quanto occorreva per portarlo ad uguagliare la pena *legale* di dieci anni di carcere o di relegazione. Tali erano i precetti dei nostri vecchi legislatori; e tali i principii ai quali essi si ispiravano. Adesso volgiamoci agli ordini nuovi, e meglio esamineremo gli argomenti coi quali vorrebbero questi levarsi al cielo ed anatemizzarsi i nostri come sovversivi dell'ordine sociale. Ma prima di affacciarmi alla critica del nuovo sistema introdotto fra noi io debbo dileguare una mendace censura diretta oggigiorno contro la nostra scuola dagli entusiasti di tutto quello che venne a contrariare le nostre abitudini giuridiche e le nostre opinioni.

È singolare l'audacia con la quale il giornalismo retrivo che da qualche tempo a questa parte ha preso ad osteggiare la scienza penale si compiace di ingannare il pubblico sulla vera situazione della polemica anche in questo argomento della custodia preambula. Costoro presentano la questione come se noi giuristi Toscani fossimo novatori, vagheggiatori di utopie sovversive dell'ordine pubblico, e propugnatori di riforme che mirassero a demolire istituzioni assodate dal tempo e da utili prove. Non può esservi menzogna piu temeraria di questa. I riformatori non siamo noi: sono i nostri contradittori che sono venuti quà a rimescolare da capo a fondo i nostri ordinamenti penali e di po-

lizia. Noi avevamo ricevuto dai padri nostri istituzioni e leggi che tenevamo carissime: care, perchè informate dalla più matura sapienza: care, perchè allo unisono con la nostra coscienza giuridica: care, perchè ne avevamo raccolto per lunga esperienza eccellente frutto di bene; ed erano quelle che ci avevano fatto segno alla invidia di altre genti. Noi vedemmo tutto sbaragliato in breve ora per cedere il luogo a cose nuove contrarie alle nostre abitudini e repugnanti alle nostre opinioni, e ne sperimentiamo tutti i giorni i cattivi frutti (1). Rinnovellisi dunque per i nostri avversarii anche il dizionario: coloro che in una provincia atterrano tutte le istituzioni incarnate da lungo tempo in quelle generazioni si chiamino *conservatori;* e quelle genti se memori dei benefizi ottenuti dai prischi ordini mostrano dolore per la loro demolizione e fanno voti perchè almeno qualche frantume ne rimanga, si chiamino audaci *riformatori innamorati* di rischievoli novità. Si va gridando *di aver paura delle riforme*, e ad *accettar queste doversi andare a rilento.* Con questo sleale artifizio si pongono in guardia i tranquilli cittadini ed inspirasi negli animi loro una diffidenza immeritata contro quanto emana dalla nostra scuola. Arte maligna dei nostri censori, i quali fingono dimenticare che gli uomini di quella scuola della quale essi sono il portavoce tutto riformarono nel giro di pochi anni quanto era di meglio consolidato, e meglio provato in Toscana. Riformarono il procedimento penale e diminuirono di una metà le tutele del rito che avevano levato così in alto la nostra fede nella giustizia criminale. Riformarono la oziosità, e imponendo il lavoro senza darlo ridussero i disgraziati alla disperazione, e ad eleggere per loro domicilio la prigione. Riformarono la polizia, e distrussero quei modi

---

(1) Per adoperare una frase venuta oggi in moda in certe regioni, nella presente questione siamo veramente noi (ed esclusivamente noi) *gli uomini pratici.* Intendiamo bene però: non gli uomini pratici che dipinse Tommaseo nell'aureo suo libro *Il supplizio di un Italiano a Corfù,* a pag. 143 (che Dio ce ne guardi), ma uomini pratici in quanto ragioniamo sulla esperienza e sopra fatti lungamente osservati e verificati.

che pur qualche volta anche sotto la invasione austriaca ci davano speranza di vedere moderato l'arbitrio, e diedero ai suoi agenti una potestà che mai ebbero sotto il nostro cessato dispotismo, e che non è frenabile dai tribunali, infeudati anch'essi al potere esecutivo. Riformarono il contrabbando, ed esposero i galantuomini ad andar prigione per l'imprudente acquisto di un sigaro. Riformarono le armi e difficoltarono agli onesti la personale difesa contro i facinorosi. Riformarono la custodia preventiva, e fecero in guisa che si moltiplicasse fino all'eccesso il numero degli innocenti conseguati per vani sospetti alla carcere. E quante cose mai non riformarono essi, e sempre in peggio! E poi si osa dire che i *riformatori* siamo noi! meravigliosa impudenza. E se qualche giurista toscano somigliando il fanciullo *quando la madre ai suoi trastulli il fura*, volge addietro lo sguardo e confrontando i beni un tempo goduti con i mali presenti, osa emettere sommessamente un voto perchè si ritorni pacatamente a meditare la storia del nostro passato, avverso lui si grida addosso la croce denunciandolo al pubblico come anarchista e protettore dei malviventi. Dovrebbe almeno ricordarsi quel proverbio del Duca Carlo di Borbone il quale soleva dire *che quando i sudditi obbediscono hanno il diritto di lamentarsi*: col che mostrava ch'egli non era poi tanto tiranno quanto altri. Tutte quelle riforme voi aveste buona ragione di imporci perchè foste i più: e noi doverosamente obbedimmo: ed obbediamo, ed obbediremo, senza per altro interdirci di implorare la luce.

Ma gli oppositori non si arrestano neppure in faccia alla storia. Essi confessano che il nostro metodo di custodia preventiva fu buono un tempo per la Toscana: ma soggiungono che la Toscana d'oggi non è più quella di dieci anni addietro, e che anch'essa è deteriorata di civiltà, sicurezza e tranquillità. Questo leggemmo testè in uno scritto che avremmo meglio amato di non aver letto. Evidentemente con siffatti rimproveri si vuole alludere al cresciuto numero dei delitti, numero che si usa speciale studio ad esagerare in certe relazioni statistiche, moltiplicando il numero dei reati secondo il numero dei giudizi, triplicato talvolta per le ripetute cassazioni. Amara parola che si viene da qualche

tempo sussurrando sommessamente per preparare la tanto desiderata restaurazione del boja in Toscana. Ma ammesso il fatto di questo aumento noi non vediamo altro in simile osservazione fuorchè una novella prova della ingenuità dei nostri avversari. Una prima prova della rara loro ingenuità ce la porgono quando confessano (al fine di sostenere la grande utilità della cauzione) che *molti abusano della libertà provvisoria e perdono la cauzione per tenersi latitanti.* Una seconda prova della loro ingenuità ce la porgono quando alludono a questo decremento di moralità in Toscana negli ultimi anni: quasichè ci volessero gli occhi di Argo per discernerne le non arcane cagioni. Certamente la Toscana vide un tempo minor numero di ladrerie di impiegati, perchè la economia fino all'osso non ancora aveva condotto quei miseri a mancare del pane. Certamente si resero più frequenti anche fra noi i peculatori del denaro pubblico, perchè i nuovi ordini amministrativi sembrarono dettati a bella posta per riscaldare le tentazioni e per rendere più difficili i sindacati. Certamente noi non vedevamo tanta copia di cancellieri falsari, perchè le loro attribuzioni non erano quelle dei contabili ed avevamo tariffe intelligibili a tutti. Certamente anche i reati di sangue sembrano in qualche località accresciuti: ma non è forse accresciuta anche la prosperità che spinge alle gozzoviglie, occasioni di risse: e non è cresciuta la speranza della impunità per le mutate condizioni dei giudicanti? Malgrado questi fatti io respingo l'accusa che la mia terra natale siasi demoralizzata. Dico però che si fa di tutto con le cattive leggi per demoralizzarla. E che se corresi innanzi ancora su questa via di regresso si ricondurrà anche la Toscana ai tempi dei Conti di Santa Fiora. Ma a questo, viva Dio, non si giungerà perchè ormai troppo larghe sono le radici che ha messo la civiltà negli animi e nei costumi delle nostre popolazioni.

Ma odo dirmi a qual fine ridestate oggi dal sonno le abolite leggi toscane? Cosa avreste voluto, e cosa vorreste voi? Pretendete forse che una piccola Provincia d'Italia imponesse le proprie leggi a tutto il Reame? Mi affretto a respingere questo sospetto come una maligna impostura.

Noi Toscani non avemmo mai la manìa di levarci a maestri delle genti vicine. Questo deve farsi dalla Francia, perchè è la grande nazione e ne raccoglie largo frutto di antipatie. I giuristi toscani non ebbero mai per costume di studiare i modi di trapiantare le loro leggi in altro terreno: paghi del progressivo miglioramento dei loro ordini interni lasciarono che ognuno si governasse a talento suo e fosse miglior giudice dei propri bisogni, senza ambire l'ufficio nè di apostoli nè di censori. Cio che noi avremmo voluto sarebbe stato che si rispettassero i bisogni e le abitudini di tutte le provincie in quanto è compatibile con la unità Italiana; e più specialmente nelle materie attenenti alla libertà individuale. E poichè il magnanimo Re ci aveva compartito il grande benefizio di salvarci dal flagello del penale codice Sardo, fossimo stati ancora salvati dal flagello delle leggi accessorie a quel codice, tutte di razza francese e niente omogenee ai nostri costumi. Ecco tutto. Questo modesto desiderio di molti fra noi aveva già da me ricevuto la forma scientifica nella mia prolusione del 1863, dove aveva preso a dimostrare *che la unità non era condizione essenziale del giure punitivo.* Contro quello scritto puramente scientifico ma che presentava intuitiva la sua applicabilità alle cose nostre nessuno sorse ad emettere parola di confutazione. Ed in verità male sarebbesi potuta confutare quella mia tesi perchè fondata nel punto di vista teorico sulla ragione della correlazione necessaria delle discipline penali con la indole e coi costumi dei diversi popoli; e fondata nel punto di vista pratico sulla storia di tante grandi Nazioni che si elevarono unite, compatte e forti a potenza grandissima quantunque composte di genti che nel fatto delle discipline punitive si governavano con ordini radicalmente difformi. La convinzione ed il voto che allora io manifestava è l'identico che qui ripeto e che meco dividono molti colleghi miei. Ma nè allora nè oggi osammo nudrire la più fievole speranza che le nostre povere voci trovassero un eco nelle alte regioni. Sappiamo benissimo che tutti i più solidi ragionamenti, ed anco la stessa eloquenza dei fatti si infrangono in faccia alla mistica parola *Municipalismo*; parola fatale che tanta possanza ha avuto

nella razzìa della quale siamo stati non so se io debba dire spettatori o vittime. Ma non vi è municipalismo in ciò che tocca i supremi diritti dell'uomo e le libertà individuali, e quando a queste si applica siffatta parola, il motteggio non è che un abuso della medesima. Così venti anni addietro i Croati chiamavano municipalismo il lamento che emettevano i Lombardo-Veneti quando protestavano che al tergo degli Italiani non era adattato il bastone. E non vuolsi conoscere che quell'insulto Croata si ripete oggi contro i Toscani quando tacciasi di idea municipale la loro ostilità contro il boia.

Il sistema del procedimento italiano si riassume nei seguenti precetti.

1° La prima regola che può dirsi fondamentale nella teorica sostituita appo noi dal 1866 alla teorica della vecchia pratica toscana, può facilmente riassumersi in un solo motto —*per tutti i delitti si può andare in prigione.* Ciò emerge evidente dal combinato disposto degli articoli 205, verso, *se si tratti di reato punibile:* 206 in principio, e l'art. 64, verso *l'arresto degli imputati* (1). Nel sistema toscano si faceva questione del *delitto*, della sua speciale natura e titolo: nel nuovo sistema si fa questione principalmente delle *persone.* Sta in questo la radicale opposizione dei criterii fondamentali dei due sistemi. E questo antagonismo del concetto si svolge in un costante antagonismo della *forma*, il quale è causativo in pratica di conseguenze perniciosissime. Nelle leggi toscane i pubblici ufficiali si con-

(1) Mirabile per artifizio è il congegno degli articoli 47 e 64. Nel primo la formula *tempo prossimo* e la formula *valevole a far presumere*, allargano la nozione classica del delitto flagrante (*nell'atto*) e quasi flagrante (*clamor pubblico*) e la rendono indefinita. Nel secondo al paragrafo *essi raccoglieranno*, la formula *pericolo nell'indugio* e la formula *sospetto di connivenza* dà agli applicati di sicurezza ampia balìa di perquisire qualunque onesto domicilio. Combinate insieme quelle quattro elastiche condizioni, la storia che se ne costruisce è semplicissima. Nella mattina un contumace che vuolsi costituire e difendersi, viene a consultarmi al mio studio, e ne parte. La guardia informatane la sera invade notturnamente il mio domicilio all'ombra di un modulo a stampa. E come no? Essa dubita che io abbia accolto in casa quel contumace,

sideravano come cittadini uguali a tutti gli altri in faccia alla legge; e il Legislatore non aveva paura di usare verso di loro le formule *dirette* e *proibitive* che si adoperano comunemente verso tutti coloro che sono sudditi della legge. I nuovi Legislatori hanno a schifo siffatto metodo; quasichè se la legge si arrisicasse a dire che un pubblico ufficiale *non può fare* tale o tal'altra cosa, si portasse una mortale ferita al principio di autorità. No: con un metodo specialissimo ed artificiosamente studiato si predilige il linguaggio *permissivo*, dicendo potrà far questo o potrà fare quello. Lo che porta all'assoluta mancanza di *divieto* e di *sanzione* nella legge e prepara larghissimo campo di scuse agli eventuali abusi di autorità; perchè al cittadino non è dato dalla legge un articolo positivo che egli possa contrapporre alle esigenze degli agenti della forza. Con vano desiderio cerchiamo nel nuovo codice un articolo il quale provvegga che qualche cittadino (almeno uno su cento) sia dalla legge guarentito dal pericolo di potere per indizio di un piccolo reato essere arrestato e consegnato prigione. Nessuno è salvo da questo pericolo per quanto sia minima la colpa che a lui si appone. Corrono pari sorte la ingiuria e il libello famoso, lo schiaffo e l'assassinio, il graffio e la ferita mortale, il taglio di un virgulto e lo incendio, la mancanza in uffizio ed il peculato. La carcere è l'esordio di tutte le processure, se così piace agli agenti della pubblica forza. Siamo veramente agli antipodi: la dottrina è capovolta. Per noi la regola era la *libertà* e la eccezione

---

io sono *sospetto di connivenza* perchè patrono, e vi è *pericolo nell'indugio*, perchè il contumace può battersela (art. 64). Ma quel contumace è imputato del furto di un orologio d'argento di una data fabbrica, e le guardie nel perquisire trovano in mia casa un orologio di fabbrica e caratteri consimili: esse dubitano che il contumace abbia nella mattina lasciato in mia custodia l'oggetto furtivo, e (poco male) lo sequestrano. Ma esse per di più mi conducono prigione. E come no? Siamo in *tempo prossimo*, ed io sono detentore di oggetti che *fanno presumere* il delitto (art. 47 e 64). Io starò in carcere a comodo altrui, e sarò stolto se muoverò reclamo contro una precipitazione di giudizi, di sospetti e di congetture, che la legge rilascia effrenatamente alla loro valutazione.

il *carcere*. Oggi la regola è il *carcere* e non avvi eccezione tranne quelle che piaccia farvi agli agenti della giustizia. Il Toscano viveva sotto la presunzione d'innocenza, l'Italiano oggi vive sotto la presunzione della colpa; e se una mala voce lo accusa, a lui spetta purgarsene e intanto patire. Per noi presumevasi il fallo leggiero: oggi si presume il reato più grave e procedesi contro tutti gli imputati o sospetti come dovrebbesi soltanto avverso i più temibili fra loro. Siamo perfettamente agli antipodi. E non è meraviglia che sia così. Ciò non è che logica deduzione dei due opposti principii che si pigliano a base delle due opposte teoriche. Risalite sempre ai cardini di qualunque dottrina; e là troverete sempre il germe delle differenziali che inevitabilmente svolgendosi vengono a poco a poco a creare fra gli opposti sistemi un abisso. Chi pone a fondamento e regolo del giure penale la *tutela giuridica* trova necessariamente all'esercizio di quello un limite nella legge giuridica: questo limite è *assoluto;* e questo limite è *universale:* e come *assoluto* e *universale*, esso protegge i diritti di tutti pesandone sopra equa lance il conflitto. La giustizia penale adagiata su quella base ha un orizzonte che trova un confine. Chi per opposto pone a fondamento e regolo del giure punitivo la *difesa sociale* non guarda che allo interesse momentaneo della *autorità* quale è giudicato dal sentimento più o meno fiero, o più o meno pauroso degli uomini che siedono al governo di quella.

Costoro pongono in cima al loro catechismo lo assioma che *bisogna sostenere il principio di autorità.* E con questa sentenza indefinita soverchiano il diritto negli individui. I primi pensano che l'autorità si sostenga col mantenerla nel tramite del giusto, ed impedire che ne trabocchi. I secondi pensano invece che il principio di autorità vacilli per la sola audace credenza in una legge superiore che freni, che impedisca, e che all'occasione reprima i soprusi della autorità quando siasi renduta (o zelo o ferocia o nimistà personale) conculcatrice del diritto degli individui (1). Il giure penale ada-

(1) A tutti è noto il doloroso fatto di un generale straniero, il quale non avendo potuto porre le mani addosso ad un Italiano che aveva fe-

giato su quel concetto ha un orizzonte senza possibilità di confini. Siamo agli antipodi e non è possibile intenderci.

Ma i riformatori della nostra provincia si affrettano a dire che essi furono più liberali di noi, ed hanno la ingenuità (o almeno la ostentano) di credersi apostoli del progresso nella cieca Toscana: e ciò perchè essi hanno introdotto il mezzo di liberare dal carcere sotto certi modi ed in certi casi anche parecchi inquisiti i quali nel sistema toscano avrebbero dovuto languire in carcere fino al giorno della sentenza definitiva per aspettarla. Quali siano questi modi e queste condizioni, e con quanto senno siano dettate, verrò a chiarirlo fra poco. Ma intanto voglio notare tutta la ipocrisia che si contiene in questo vantato liberalismo. Il confronto è facile, e lo capisce chiunque. Sotto i despoti vi era una legge la quale mi diceva: tu per un leggiero delitto non potrai essere carcerato finchè tu non abbia tutte proposte le tue difese, e correndo tutti i gradi di giurisdizione tu non sia stato definitivamente condannato, e giudicato meritevole di prigione anzichè di esilio o di interdizione di uffizio o di multa. Al contrario la nuova legge della Italia così detta

---

rito un soldato, fece arrestare il fratello di lui al tutto innocente; e gli intimò che se dentro otto giorni suo fratello non si fosse dato in mano della giustizia egli sarebbe stato fucilato in sua vece. Gli otto giorni passarono: il contumace mantennesi al largo: e il generale non mancò alla data parola, replicando alle fattegli rimostranze *essere necessario dare un esempio di salutare terrore.* Ebbene! In questa cinica ostentazione di iniqua ferocia quel generale era logico: poichè per lui la giustizia penale non aveva il suo fondamento nella *difesa del diritto*, ma nel bisogno della *difesa sociale*, cioè della difesa del *principio di autorità* che legittima tutto; anche il sacrifizio dell'innocente. Le conseguenze possono essere nella loro materialità più o meno esagerate; ma il nesso logico delle conseguenze col principio al quale si rannodano è sempre lo identico, e non vacilla, nè varia per la maggiore o minore esorbitanza degli effetti. L'uomo che contempla la conseguenza più terribile se ne sente vivamente offeso; ma il principio, che è falso in questo caso, è perpetuamente falso anche quando si tragge a conseguenze di minore importanza, quantunque meno sentite dal volgo; giudicare vero un principio quando si porta ad una conseguenza, e riconoscerlo falso quando si porta ad un'altra conseguenza, è pretto empirismo: e l'empirismo è il nemico peggiore della giustizia.

libera è venuta a dirvi: per indizio di quello identico delitto leggiero tu sarai immediatamente arrestato a beneplacito di un agente di polizia: dopo averti tenuto per una notte almeno nel guardiolo della tua borgata ti trascineranno la dimane al capoluogo nelle carceri pretoriali: di qui dopo una discreta dimora ti spediranno alle carceri giudiciarie della vicina città.

Tutto questo è necessario alla *difesa sociale*. Ma giunto, dopo quel gradevole passaggio, nelle mani del giudice istruttore tu potrai (a certe condizioni) ottenere la libertà provvisoria. Vedi tu quanto io sono generoso? Inchinati e fammi saluto poichè io sono il Messia della tua libertà. Ma io rispondo che questo è il caso del ladro il quale dopo avermi rubato ciò ch'era mio, viene a restituirmelo e vuole che io l'applaudisca e gli renda grazia; io dico che il non togliere è assai miglior garbo che togliere e poscia restituire; io dico che le ansietà ed i terrori della mia famiglia, la vergogna ed i disagi patiti, gl'interessi guasti, la riputazione vulnerata sono tutte al disopra della misura. E dico che quando io giunga a mostrare a luce meridiana essere state tutte quelle molestie un patente abuso degli agenti della giustizia; e reclami; e chieda riparazioni ed indennità; verrà una sentenza la quale respingerà quelle mie antidiluviane pretese, dichiarandole incompatibili col grande progresso civile della Italia libera, perchè in un reame libero si deve sostenere il principio di autorità: ed il principio di autorità esige che quando un birro ha fatto male a danno di un povero cittadino, il diritto di costui si abbia per niente piuttosto che portare un colpo al prestigio della autorità. E di siffatte motivazioni ne ho documenti (1). E ciò che più duolmi si

(1) Vedasi il n. 103, anno sesto, della *Gazzetta d'Italia*, prima pagina, colonna 4. Non riproduco la prima sentenza che fu pronunciata in quel caso, per rispetto ai giudici che sventuratamente la proferirono. Una preclara osservazione si è fatta per sostenere la necessità della carcerazione universale con indicare i *delitti di stampa*. La consegna immediata alla carcere senza riguardo alla inferiorità della pena futura (si è detto) è indispensabile per questi reati. *Bisogna poter mettere subito in carcere il Gerente del Giornale che ha trasmodato perchè se ne possa*

è che queste teorie di peregrina difesa sociale le oda trasmesse dalla bocca di Richelieu e di Le Maistre alle labbra di alcuni miei rispettabili amici, i quali combatterono un tempo al mio fianco quando il comando era in altre mani; e combatterono più calorosamente di me.

E questa facoltà di metter tutti prigione *da chi* si esercita essa? Ecco un altro campo nel quale gli uomini che leggono il codice senza avvertire alla mancanza delle san-

---

frenare colui che subentra nella gerenza. Ma anche questo argomento ha tutta l'aria di una facezia in derisione del nuovo sistema quando si guarda la storia contemporanea dei reati di stampa. Abbiamo vicino a noi l'esempio di un giornale che negli ultimi sei mesi ha subìto cinque successivi processi; ed è in via d'incontrarne di nuovi. Oh! mirabili effetti della carcerazione immediata! È poi un assunto privo di ogni senso giuridico propugnare una misura universale di diritto punitivo sulle condizioni tutte eccezionali di un reato eccezionale, regolato da criterii speciali ed eccezionalissimi, come sono quelli prevalsi fra noi circa i reati di stampa. Se questi criterii dovessero diventare regole generali di diritto punitivo bisognerebbe insegnare che gli autori del delitto debbono andare impuniti e scegliersi gli innocenti come olocausto alla pena. Ugualmente singolare è l'argomento che lessi non ha guari in uno scritto pubblicato da autore ignoto, tutto caldo di virulente censure contro il sistema toscano. Costui fa le meraviglie che non si voglia riconoscere la grande supremazia del precetto: *per tutti i delitti si può andare prigione.* Quando altro non fosse, basterebbe *la utilità economica* a mostrare che tutti i processati devono tenersi prigione durante il processo se non offrono garanzie di sottostare al giudizio. *Molti troverebbero interesse di rimanere latitanti e lasciare che il giudizio si portasse a termine in contumacia per prevalersi quindi del diritto di opposizione,* MOLTIPLICANDO LE SPESE DI GIUSTIZIA, *e defaticando i magistrati col raddoppiare le pronunzie.* Oh! portento inaudito di sapienza economica. Carità a parte: qui siamo in finanza, e la finanza non vuol conoscere carità. Ma per economia finanziaria a risparmio di poche e refettibili spese di qualche giudizio contumaciale si propugna un sistema che ogni giorno dell'anno getta sugli omeri del pubblico erario il mantenimento di una media di ventimila persone. Bravi! Così si ragiona in Italia nel secolo dei lumi e della banca. Ma anche posto da banda l'assurdo economico, è intuitivo che portata la tesi su questo terreno si denatura la teorica della custodia preventiva, dandole una base ed un obiettivo interamente nuovo. Non più la medesima si ispira alle vedute di giustizia e di pubblica sicurezza: l'interesse finanziario diventa il suo duce. Se si debbano preventivamente carcerare gli impu-

zioni, e senza guardarne davvicino la pratica applicazione, illudono in buona fede sè medesimi, ed illudono altri con i loro scritti, credendo che la vita pratica di quelle parole sia quale essi immaginano nella solitudine del proprio scrittoio, mentre nella verità ella è tutta (ed ahi troppo!) diversa. Si fanno elogi della prolissa diligenza con la quale pomposamente i compilatori del codice di procedura (1) dettero a credere di avere limitato la facoltà di arrestare, col minu-

---

tati per esser certi che compariscano al dibattimento onde evitare un giudizio contumaciale, perchè il giudizio contumaciale rende probabile la opposizione, e la opposizione rende necessario il nuovo giudizio, e il nuovo giudizio raddoppia il lavoro dei giudici, e il lavoro duplicato rende necessario l'aumento del loro numero; e per questo e per la rinnuovata consumazione del giudizio si moltiplica il dispendio dell'erario con poca speranza di ricupero: se (io dico) la carcerazione preventiva ha bisogno di puntellarsi sopra siffatti arzigogoli, la conseguenza inevitabile è quella che si carcerino anche gli imputati di reato punibile di sola multa, onde impedir loro di commettere questo grave delitto contro la finanza, di rendersi contumaci ad un giudizio criminale. Misera causa se ha bisogno del patrocinio di siffatte difese!

(1) In un libro recentemente pubblicato si leva a cielo come un miracolo di spirito umanitario la disposizione dell'articolo 196, il quale ordina che se lo imputato trovisi in letto infermo non deve tosto tradursi in prigione, ma guardarsi a vista aspettando che la sua salute permetta di trasportarlo alla locanda dei poveri. Ecco il testo di questo articolo — « se l'imputato contro il quale fu rilasciato mandato di cat-« tura è ammalato, l'istruttore si trasferirà nel luogo ove si trova *(sic)* « con l'assistenza di un medico o di un chirurgo, per riconoscere se « il suo stato permetta o no di farlo tradurre nelle carceri. In caso « affermativo, l'istruttore ne farà eseguire la traduzione con le cautele « convenienti per non recar danno alla di lui salute. In caso contrario, « dopo averlo interrogato, lo farà porre sotto custodia; e tosto che il « di lui stato lo permetterà, lo farà tradurre nelle carceri. Il giudice « istruttore potrà tuttavia commettere o richiedere a tale effetto il pre-« tore del luogo dove si trova l'imputato infermo. » — Tale è il testo. Ed ecco lo illustre e dotto panegirista che entusiasmato da queste belle parole viene gridando: — *Codesta disposizione onora la umanità del legislatore, e mostra in qual giusto rispetto si tenga, nella legislazione dei popoli civili, la personalità dell'uomo, tuttochè addebitato di grave reato.* Ed io dico all'opposto che quella disposizione è un insulto alla civiltà di un popolo, perchè suppone che la esecuzione degli atti di giustizia sia posta in mano di gente capace di trascinare pri-

tamente descrivere le autorità alle quali era riserbato il diritto di emettere i mandati di arresto e gli ordini di perquisizione. Ma i lodatori non avvertirono alla mancanza di ogni *sanzione* contro la violazione di siffatti limiti: non posero mente che tutto l'edifizio delle guarentigie vacilla in faccia agli effrenati poteri della polizia, la quale può far tutto in caso di creduta necessità; mentre *solo e supremo giudice di questa necessità* è dalla legge costituito l'ultimo degli esecutori, il quale sempre avrà balìa di difendere sè medesimo allegando la opinione della necessità: non si avvidero i lodatori che le pene minacciate contro gli abusi di autorità si frangono *sempre* (e lo dico per esperienza) contro la facile difesa dello *zelo* di ufficio, e dello errore di giudizio. Non seppero questi lodatori che in pratica agli agenti di polizia si consegnano i mandati di cattura formati con *moduli a stampa*, in tutti i quali vi sono i permessi che la legge dichiara eccezionali; costume che parrebbe una favola od un delirio se non fosse immaginato precisamente

---

gione anche un moribondo. Il governo toscano mai ebbe bisogno di simili disposizioni, perchè volle lasciare l'arresto dell'infermo che avesse cagionato danni personali o morte sotto la sanzione delle leggi generali, e sotto la responsabilità delle pene minacciate all'omicidio colposo. Ma chi sa scorgere il lupo sotto la pelle dell'agnello; chi conosce l'arte finissima dei compilatori delle nostre leggi penali di dir bianco per ottener nero, comprende facilmente che quella disposizione ha lo scopo tutto opposto di assicurare la desiderata invulnerabilità degli esecutori di giustizia: e ciò sempre nel santo fine di difendere la società, fine che agli occhi loro santifica tutti i mezzi. Sa ognuno per vecchia sentenza che la impunità dell'omicidio è il privilegio dei medici. Nulla di più facile di trovare in una borgata un medico qualunque che tutto superbo della insolita considerazione nella quale è tenuto da una autorità si presti riverente ai desiderii di lei. Io ne ebbi un esempio nell'agosto 1871 in Comune dei Bagni, e lo seppe la Real Corte di Appello di Firenze. Il medico fa una prognosi come sa e può per una visita momentanea fatta forse in un periodo di intermittenza del morbo. Esso fa una prognosi, e tutti sanno cosa siano le prognosi dei medici. Il medico prescrive forse certe precauzioni nel trasporto; e Dio sa come verranno obbedite. Muoia pure lo infermo o deteriori per via. Cosa importa ciò al legislatore? Gli agenti della giustizia sono posti dalla legge al coperto di ogni responsabilità, e tanto basta. Tale è lo scopo genuino di quella disposizione; tale ne è lo effetto giuridico.

al fine di rendere onnipotenti gli agenti del potere: non rifletterono che un *modulo a stampa* rende impossibile qualunque processo di falsità; ed ognuno lo capisce: non seppero in una parola che gli arresti eseguiti per mandato regolare delle autorità con tanta cura designate dalla legge sono la rara eccezione, mente il caso più ordinario si è che prima si arresti e il mandato si cerchi poi. E questo si fa in buona fede e senza possibilità di censura, perchè consono col vero spirito del nostro codice, quale è quello di dare il più libero braccio al potere esecutivo appagando le velleità liberali con ventose parole. Ma le leggi sono come gli uomini. Guai a chi troppo credulo li giudica dalle *parole!* Bisogna giudicarli dai *fatti.*

La analisi di questo primo precetto stringesi dunque nello osservare che tutto è eccentrico, tutto pervertito nel sistema che combatto: anche la stessa *nomenclatura.* E di vero meditossi egli mai seriamente su quella formula di *libertà provvisoria?* La libertà non è dunque che un *interinato* in Italia? E come?!! Voi mi liberate dal carcere (art. 199) per *insufficienza di indizi,* e dite che questa mia libertà è *provvisoria!* Tutto è per fermo provvisorio nel mondo, anche (la Dio mercè) il codice del 1865; ed anche la vita che può da un'ora all'altra esserci tolta per una goccia di sangue: ma non è questo il senso nel quale suona qui la parola provvisorio: in tal senso ancora io mentre scrivo non godo che una libertà *provvisoria,* perchè fra cinque minuti un delegato sognatosi che io sia un cospiratore può avermi tradotto alla caserma e poscia alle carceri. Quando però il giudice che mi toglie dal carcere mi consegna un decreto nel quale sta scritto che la mia *libertà è provvisoria,* egli implicitamente mi dice avere intenzione di rimettermi in carcere: ma come può egli avere tale intenzione mentre al tempo stesso dichiara che *non vi sono indizii* contro di me! È verissimo che gl'indizii possono sopravvenire; ma questi possono sopravvenire contro ogni altro cittadino: dunque tutti siamo in libertà provvisoria: e la libertà che accorda il giudice a me, non per una benigna sua licenza ma perchè glielo comanda la legge, deve essere nè più nè meno la identica libertà

che godono i miei concittadini. Più strano è l'assurdo di questa formula nell'articolo 205 al paragrafo *se si tratti.* Ivi si dispone che se io venga carcerato per un delitto *punibile* con la *interdizione di ufficio* o con pena *inferiore al carcere*, io devo essere messo in libertà *provvisoria.* Costruite il Decreto su questo concetto, e suona così: — *Considerando che il tuo delitto non può mai per la legge vegliante sottoporti al carcere ma soltanto ad una multa di venti lire o alla perdita dell'uffizio che cuopri io non ti libero dal carcere se non* PROVVISORIAMENTE (1). E quando poi dopo un mese quel giudice mi condannerà definitivamente a venti lire di multa io resterò per tutta la vita nello interinato della libertà! Oh! meglio valeva condannarmi sull'atto. Pur troppo è vera quella dolorosa sentenza di Zacharia: *i posteri diranno barbaro il nostro giure penale come noi diciamo barbaro il giure penale degli avi nostri.* I vecchi potestà ti facevano pigliare da due famigli e tradurre dinanzi a loro, e al seguito di sommarie informazioni da loro raccolte ti leggevano un decreto che ti mandava quindici giorni prigione. Quale orrore (esclamò la civiltà moderna), quale iniquità mandare un uomo quindici giorni in carcere senza regolare processo, senza pubblico giudizio, senza un patrono, senza un largo e libero svolgimento di difesa! cose da barbari le sono queste; cose da turchi. No più non temere, io ti reco salute. Tu più non potrai, povero popolo, subire una condanna neppure per otto giorni di carcere senza formale procedura, testimoni, interrogatorii, udienza solenne, splendida difesa: e se la sentenza che ti verrà data ti sembrerà grave, ne avrai ragione di appello e potrai farla correggere: vivi tranquillo che io ti sono madre amorosa. Tutte queste guarentigie non devono mancare ad un cittadino della libera Italia. Ma siccome trent'anni sono tu fosti condannato criminalmente;

---

(1) Nelle leggi Austriache con senno migliore si usa la frase *di arresto provvisorio* anzichè quella ridicola di libertà provvisoria. Quella formula corrisponde alla presunzione della innocenza: questa corrisponde invece alla disumana presunzione della reità.

oppure siccome tu sei povero e il tuo Sindaco ha detto male di te; oppure perchè qualche giorno della settimana tu hai il vizio di startene in ozio; così tu rimarrai in carcere per quei tre o quattro mesi che saranno occorrenti a tutte quelle faccende. Questo è necessario alla *difesa sociale*, e non posso farne a meno. Ma io ti ho trattato come madre amorosa dandoti tutte quelle guarentigie, e devi ringraziarmi perchè ti ho fatto sicuro di non poter essere giudicato alla turca e di non essere colpito da una condanna di prigionia senza i tre mesi o quattro o forse anche sei di carcerazione preambula. Ma se quel disgraziato, poco soddisfatto della madre amorosa, volge sospirando lo sguardo verso l'antica Bisanzio, e grida benedetto il Cadi (diciamolo a voce bassa); non ha poi tutti i torti.

2° Fatte queste osservazioni sulla prima regola della nuova teorica, che designammo col motto, *per tutti i delitti si può andare prigione,* restano ad esporre le regole successive relative al modo di uscir di prigione quando un sospetto vi ha gettati là dentro. E qui ci troviamo innanzi altre quattro regole successive che designerò coi distinti motti — *carcerazione senza scarcerazione* — *scarcerazione senza cauzione* — *scarcerazione con cauzione* — *scarcerazione per privilegio.*

La seconda regola negativa di ogni possibilità di scarcerazione prima della sentenza, oltre i casi nei quali lo impedimento scaturisce spontaneo dalla natura della pena (galera o morte) emerge dall'articolo 206 così concepito: — *Non possono* in nessun caso *essere posti in libertà provvisoria gli oziosi, i vagabondi, i mendicanti e le altre persone sospette menzionate nel capo III, titolo VIII, libro II del codice penale e i già condannati a pene criminali.* Per tutte queste persone adunque sia qualsivoglia la *tenuità del delitto* a loro apposto (fosse anche una ingiuria), sia qualsivoglia *la tenuità della pena* che loro sovrasta, non havvi temperamento nè speranza di uscita: esse dovranno starsene in carcere fino alla sentenza, quantunque si abbia certezza che la condanna non potrà togliere ad essi un'ora di libertà individuale. Per loro la condanna è una benedizione. Fermiamo la mente ancor qui sui criterii

fondamentali. Il criterio secondo il quale le leggi toscane si determinavano alla grave misura di sostenere in carcere un uomo che poteva tuttavia risultare innocente era tutto *reale*. Contemplavano o il *delitto* imputato o la *pena* minacciata; perchè dalla gravità e natura di quel delitto o di quella pena argomentavano la probabilità della fuga, la probabilità di violenze ai testimonii, la probabilità di reiterazioni.

Tutto era logico in questo sistema: tutto procedeva con indefessa coerenza al bisogno della tutela *del diritto* aggredito per quel *fatto speciale:* non un passo arrisicato fuori del campo strettamente giuridico. Il criterio all'opposto della riforma sarda è tutto *personale*. Indifferente oltre un certo confine alla gravità del delitto o della pena, scarcera per benevolenza *alla persona* dell'imputato. Indifferente alla respettiva leggerezza od insignificanza, essa tiene con una mano di ferro fra i ceppi certi imputati per odio *contro la loro persona*. La differenza dei due criterii fondamentali è sensibile per poco che vi si mediti. E qual è la deduzione di questo confronto? essa è pure intuitiva. La legge toscana stabiliva un ordine di *giustizia:* la legga sarda stabilisce un ordine di *polizia:* la legge toscana manteneva sotto la sua mano il comando; la sarda spalanca tutte le porte all'arbitrio degli agenti del potere. È al solito una di quelle fatali nuvolette che dalla Francia valicando le Alpi vennero poco a poco intorbidando l'orizzonte della sapienza italiana e le minacciano tremenda tempesta. Ora che abbiamo conosciuto più da vicino la fisonomia della teorica sarda ed i secreti palpiti del suo cuore, si studino più addentro le sue applicazioni.

Due sono le classi dei paria della giustizia; due (1) le ca-

---

(1) Nel codice Sardo promulgato con patente regia del 1847, che è stato preso a tipo dalle novelle leggi italiane (e questa è la ragione per cui ho usato talvolta la frase *riforma Sarda*) vi erano due altre classi di maledetti; gli offensori della religione, e i non denunciatori di congiure. Era ben naturale che queste specialità si togliessero via nel codice del 1859. Ma nel resto l'articolo 191 del codice Sardo del 1847 lo troviamo interamente copiato nel primo paragrafo dell'attuale articolo 206. E siamo sempre lì. Non solo non vuol farsi un passo in avanti, ma si vuole anche fare retrocedere quelli che già avevano progredito.

tegorie degli sventurati pei quali si verga sulla porta del carcere preventivo la dura sentenza: *uscite di speranza, o voi che entrate:* cioè — 1° *i già condannati criminalmente* — 2° gli *oziosi* vagabondi e le persone sospette. Ebbene? Lascio andare i vagabondi: ma dico che quanto al resto ambedue queste restrizioni sono male concepite, e peggio espresse.

In quanto alla prima è troppo indefinito quel *già*, che racchiude un periodo di mezzo secolo interceduto fra una antica condanna ed il sospetto del presente: parificare chi ha dato sospetto di sè dopo un mese che è uscito dalla galera, a chi giunto all'età di settant'anni, dopo lunga vita onorata e tranquilla, può solo rimproverarsi una condanna di relegazione incontrata a venti anni, è un draconismo intollerabile. È poi sostanzialmente ingiustificabile quella restrizione quando non ha riguardo alcuno *alla natura della pena* che colpirebbe lo imputato dove risultasse veramente colpevole. Si dubita che io possa essere autore di un delitto che, dove fosse giustificato, mi sottoporrebbe al solo esilio o alla sospensione di ufficio od alla multa; e dovrò, finchè la mia colpa è *dubbia*, patire la prigionia, della quale la legge mi proclama *immeritevole* quando la mia colpa sarà *accertata;* e se per avventura io fui condannato venti anni addietro criminalmente, quella prigionia sarà indeclinabile, e durerà sei mesi, durerà un anno, durerà ancor più a comodo della inquisizione. Crudele ed assurdo. Dov'è la logica dei nostri legislatori? Se io sono *convinto colpevole* di quel delitto, la legge dichiara che merito soltanto una sospensione di uffizio o la multa: e la stessa legge dichiara che mentre io sono *soltanto sospetto* di quello identico delitto, io merito la prigione! La legge non ammette limitazioni: IN NESSUN CASO (cioè, quantunque tenue sia la mia colpa) mi si può accordare la libertà provvisoria. Non avete paura a tollerare la mia libertà personale quando mi avete *convinto* colpevole di quel reato, e finchè voi non ne avete che qualche *indizio* io vi eccito tanto spavento che gridate essere necessario alla vostra *difesa sociale* di privarmi inesorabilmente della mia libertà personale!! In nome d'Iddio dov'è la logica? Meno male se si fosse preso come punto di vista

un *rapporto* intercedente fra la vecchia condanna criminale e il nuovo reato che mi si appone. Se si fosse detto che non posso essere messo *mai* in libertà provvisoria quando io già era stato condannato per subornazione di testimoni, si sarebbe avuto una ragione di chiudermi per timore del mio abito di intorbidare il corso della giustizia. Se si fosse negata la liberazione provvisoria quando il nuovo delitto che mi si imputa fosse della *specie medesima* di quello per cui già fui condannato, si sarebbe potuto dire che si aveva ragione di chiudermi per timore della reiterazione a causa della signoria di quella passione malvagia. Se si fosse negata la liberazione provvisoria quando io avessi schivato e deriso con la fuga la prima condanna, si sarebbe potuto dire che io aveva dato prova di indifferenza allo esilio e di propensione alla fuga, e per sospetto di fuga tenermi in carcere. Sarebbero state forse ragioni pallide: ma pure in queste e simili correlazioni fra la prima condanna e la nuova imputazione si sarebbe potuto trovare una ragione per negare la scarcerazione preventiva. Si sarebbe agito come il prudente cultore che scevera il grano dalla zizzania, e non come il villano briaco che grano e zizzania recide con un colpo di falce. Ma che debba stare in carcere per il sospetto di un reato d'ingiuria o di ferimento colposo chi venti anni addietro fu condannato criminalmente per una violenza carnale, ella è cosa che non persuade l'animo mio. Mi ha lo aspetto di una persecuzione: mi ha lo aspetto di una seconda pena che voglia aggiungersi alla prima già espiata. È agli occhi miei una iniquità senza possibile scusa (1).

---

(1) Si è gridato con enfasi in un recente scritto dai nostri oppositori — *Ecco per quali persone si riscaldano i riformatori toscani* (e ripeto che noi non siamo *riformatori* ma *conservatori* del nostro *statu quo* perchè più liberale) essi si riscaldano per proteggere la *gente immorale,* gli individui che hanno demeritato della società, le persone immeritevoli della sollecitudine dei dotti e dei pubblicisti. Queste parole si publicano in Italia nell'anno di grazia 1872. E non si comprende che queste parole ci portano di un salto in pieno medio evo: non si comprende che contrapponendo una carcerazione illimitata ad una indefinita immoralità, si riconduce il procedimento penale sotto la signoria del principio *ascetico:* non si comprende che proclamando così energi-

In quanto alla seconda categoria, quella cioè degli *oziosi*, può innanzi tutto sembrare perplessa la formula. La esclusione assoluta e perpetua dalla liberazione preventiva è dessa dettata contro il *delitto* di *oziosità*, oppure contro gli *oziosi?* Nel primo senso non sarebbe meritevole di osservazioni. Sarebbe sempre la *natura del delitto* imputato quella che terrebbe in carcere. Potrebbe farsi questione di apprezzazione, ma i principii sarebbero salvi. Io però credo che non sia tale il senso della disposizione, ma siasi inteso negare la libertà in odio della persona che è *oziosa*. Ma in questo senso viene fatto di dimandare se siano ragionevoli tante paure contro gli *oziosi*, e quali siano gli *oziosi* che qui contempla la legge. Sono dessi coloro che *altra volta vennero condannati per oziosità?* oppure sono quelli che *attualmente* si verificano in stato di oziosità? Ciò non vediamo ben chiaro nell'art. 206, e la colpa non è tutta nostra. Ma se la disposizione si intende nel primo senso è *ingiusta;* se nel secondo è *insulsa*. È ingiusto colpire di tanto rigore quel disgraziato che tempo addietro, caduto in oziosità, ne ebbe condanna che lo corresse da quel vizio, e lo restituì alle abitudini del lavoro. È *insulsa* nel secondo senso; e questo è

---

camente *indegni* della *sollecitudine dei dotti e dei pubblicisti* gli infelici che una volta fallirono, si va diametralmente in opposizione alla corrente dominante del secolo, che grida e vuole (e l'otterrà viva Dio) si subordini in egni suo movimento il giure penale alla veduta della *emenda del reo,* o come primaria o come accessoria ma sempre impreteribile. I dotti ed i pubblicisti studiano e mettono in luce i danni di una sorveglianza male ordinata che impedisce la emenda: ed intanto costoro vanno oltre la sorveglianza, e non se ne appagano, e vogliono la carcerazione illimitata ad ogni piccolo sospetto. No: i dotti ed i pubblicisti del secolo presente non si vergognano di adoprare le *loro sollecitudini* per tutti i cittadini ugualmente ed anche per quelli che altra volta caddero sotto la vertigine di una passione; i quali nel campo del *diritto* sono sempre uguali a tutti i loro fratelli, e nel campo della *morale* sono anzi meritevoli di maggiore sollecitudine. Bisogna vivere in un chiostro, e conversare soltanto con gli apostoli del dispotismo, per vergare siffatte linee. Dove è pericolo di *sicurezza* si avrà ragione di vigilare; ma la vigilanza deve trovare ragione nei *fatti* e non in un odio perpetuo implacabile contro *le persone;* e la vigilanza non deve estrinsecarsi col metter prigione, tranne dove questa miserabile panacea adorata dalle anime deboli sia veramente inevitabile.

chiaro quanto la luce meridiana. Per negarmi la libertà provvisoria sulla ragione che io *sono ozioso*, bisogna bene che voi giustifichiate con regolari verificazioni la mia *oziosaggine*. Ma quando avete giustificato questo mio fatto illecito, la legge vi autorizza, anzi vi impone di irrogarmi il carcere *come pena* fino a sei mesi ed anche fino a cinque anni. Che bisogno avete dunque d'infliggere *la carcere di custodia* quando potete e dovete infliggere la carcere come *pena?* Dimenticate che carcerare chi può essere tuttora innocente è una ingiustizia scusata soltanto dalla *necessità?* Voi sospendete la irrogazione della pena per darvi il gusto di martoriare mediante la custodia colui per sospetti. Voi mentite quando vantate che tale custodia è *l'unico mezzo indispensabile* per impedire che colui durante il processo stia in libertà. Voi mentite, perchè avreste il mezzo legale e giusto di impedirgli la libertà che temete, col sottoporlo *tosto* alla *pena* della oziosaggine. O non è provato che io sono ozioso, e la limitazione non ha luogo: o è provato quel mio fallo, e dovete tosto infliggermi la pena, e non serbarmela a comodo vostro per prolungarmi i patimenti per ingiusti sospetti. Ma questo non vi piace, perchè a voi par sempre poca la pena (1), e cogliete un pretesto per essere crudeli.

Così ne avviene quel perpetuo errore che le vessazioni della polizia si confondono con le operazioni della giustizia;

---

(1) Questa veduta di quella che chiamasi politica si rivela col ritardare il giorno della udienza appositamente a coloro che stretti in carcere preventivo prevedesi che andrebbero liberi o perchè assolti o perchè assoggettati a minima pena al momento della sentenza. Ora questa io dico che è *polizia e non giustizia:* lo dico, lo ripeto, e lo sostengo come verità positiva. Se così piace ai mantenitori dell'ordine si faccia pure: ma schiettamente si dica che si carcera per misura di polizia: non si prostituisca la giustizia ed il santo suo nome. Altrimenti noi saremmo sempre autorizzati a dire e ripetere che mentre il regime liberale si è vantato di restringere entro i dovuti limiti i poteri della polizia, questa si è fatta signora della giustizia aggiogandola come ancella al servizio proprio. Io rispetto i delegati di governo perchè esercitano il loro ufficio connaturale: ma i Magistrati che fanno della polizia mi destano orrore.

i due magisteri si tramescolano in guisa da non riconoscere più neppure sè stessi e le proprie armi: di qui la orrenda confusione nell'ordine giuridico; ed il giure penale gettato in balìa dello empirismo.

3° Il terzo precetto che stabilisce *la scarcerazione senza cauzione*, emerge dall'art. 205; che ne determina i casi in tutti coloro che sono imputati di delitti punibili con multa, con esilio, con confino, con sospensione di ufficio, ed anche con carcere non superiore ai tre mesi. Che rispetto a tutti costoro sia una iniquità la custodia preventiva è facile sentirlo; è difficile ed impossibile metterlo in dubbio. Ma poichè l'art. 205 ordina che costoro siano *messi in libertà provvisoria*, egli è manifesto che la legge autorizza la precedente loro carcerazione. Sicchè qui torna acconcio ciò che già sopra ho notato; vale a dire lo assurdo di *mettere in carcere* chi ha diritto *riconosciuto dalla legge di non essere tenuto in carcere;* e di dare libertà *provvisoria* a coloro dei quali la libertà è *intangibile;* perchè se pure fallirono contro la legge, essi fallirono sotto l'usbergo della legge stessa, che ad onta del loro fallo ordinava se ne mantenesse inviolata la *libertà* individuale. La innovazione arrecata dalla riforma italiana alle vecchie leggi toscane consiste in questo; che mentre le une dicevano all'autorità, *voi non potete* mettere in carcere costoro; la riforma liberale dice, *metteteli pure in carcere*, *ma poi provvisoriamente aprite loro le porte.* Questo è lo identico rovescio di idee che l'articolo 199 rivela in ordine alla *mancanza di indizi.* Non si è detto che dove non sono bastanti indizi *non si carceri:* si è detto, carcerate oggi a beneplacito vostro, ma dimani guardate se vi sono gli indizi; e dove questi manchino, *scarcerate provvisoriamente.* Pare questa ai nostri avversarii una grande benignità: a noi pare una tirannia. Ad essi pare un generoso regalo, perchè considerano la libertà personale come un *quid* elargito dalla società all'individuo, nè si stimano in debito di render conto di un favore che si ripigliano. Noi invece consideriamo la libertà individuale come un diritto concesso da Dio all'umana personalità. Diritto che la stessa società è tenuta a rispettare e mantenere. Agli avversari parve che *incarcerare* e poi *liberare* fosse lo stesso

che *non incarcerare*. Per essi il domicilio notturnamente invaso da una turba di sgherri; le madri, le figlie, le mogli esterrefatte con risico di salute; l'uomo tolto dal suo letto per passar la notte sulla panca di una caserma; il cittadino costretto a correre talvolta parecchie miglia per avere stanza nella prigione; i disagi, le agitazioni, gli scorni patiti in quel viaggio col corteo degli agenti pubblici, col trastullo dei manettoni, in mezzo alle beffe dei maligni che accorrono allo spettacolo di quella miseria; tutto questo per gli avversari nostri è cosa da niente, è un invito ad una festa da ballo: per noi è uno spreco inutile delle forze della giustizia, che se ne rallentano; è un insulto gratuito alla dignità umana, che si disprezza; è una demoralizzazione del popolo, che si avvezza a vedere la prigione come una vicenda ordinaria della vita, alla quale (correndo di questo passo) la metà dei cittadini dovranno prima o poscia prepararsi come ad una infreddatura o come all'antico vaiuolo. Contradizione singolarissima! Mentre da un lato il progresso della scienza penale, correndo di pari passo col progresso civile, volge a fare della prigione lo strumento principale della penalità, dall'altro lato l'improvvidi ordinamenti avvezzano il popolo a famigliarizzarsi con la prigione. Agli occhi del popolo la cella ed il trattamento interiore non esistono: esso non vede che la porta esterna del carcere. E quando quella porta si è chiusa dietro ad una quantità di galantuomini, tanto basta perchè impallidisca negli animi la salutare paura di andare prigione. Il pessimo non è che l'abuso dell'ottimo.

4° Il quarto precetto che emana dalle due prime parti dello stesso art. 205 circoscrive *la scarcerazione con cauzione*. Qui la riforma italiana ha i seguenti caratteri: essa è *larghissima nell'arbitrio:* essa è *improvvida:* essa è *ingiusta:* essa è *iniqua* perchè parziale. Vado a mostrare ad uno ad uno questi difetti.

È larghissimo nell'arbitrio il quarto precetto perchè porge mezzo a liberare dal carcere preventivo grandissima parte degl'imputati, salendo dagli esposti ad infime pene fino a coloro ai quali può sovrastare la relegazione e la reclusione, estensibili fino a venti anni la prima, e fino a dieci la se-

conda. Sola differenza è questa che per l'imputato minacciato di reclusione o di relegazione che siasi *volontariamente consegnato* alla giustizia, non meno che per tutti gli imputati ai quali sovrastino pene inferiori l'art. 205 (§ 1, e 4) impone al giudice come preciso obbligo la liberazione con la parola *dovrà*: laddove per l'imputato al quale sovrasti reclusione o relegazione ma che non siasi volontariamente costituito, non fa che accordare al giudice la *facoltà* di liberarlo (*potrà*) quando a lui piaccia, o non liberarlo se a lui ciò non piaccia. Condizione comune a questo *dovere* ed a questo *potere* è la *cauzione* da prestarsi dal detenuto che vuol essere restituito alla sua libertà. Certamente a prima giunta questo precetto sembra trabocchevole di favore e di benignità; ed in pratica per qualche fortunato mortale lo è veramente. Illusi da quest'apparenza molti deridono i nostri piati, e ci tacciano di incontentabili perchè non ci appaghiamo di tanto liberalismo. Così col plauso di qualche grande malfattore si vogliono soffocare i gemiti di centinaja d'infelici che la legge toscana avrebbe fino alla sentenza definitiva lasciati tranquilli nel seno delle loro famiglie, al modo stesso che le fragorose orgie dei potenti sommergono i fiochi lamenti dei poveri che languiscono nella inedia. Ma ad onta di così bella apparenza io guardo addentro al sepolcro imbiancato, io studio le forze dei nuovi ordinamenti nella loro vita pratica; e persisto a dire che la legge toscana era di gran lunga assai più *liberale*, nel tempo stesso che meglio proteggeva la sicurezza dei cittadini, e meglio rispondeva ai precetti della giustizia e della equità; e lo dimostro.

È *improvvido* il nuovo sistema perchè non garantisce dai pericoli di fuga, di subornazioni, di intimidazioni, di reiterazioni. Pare impossibile che costoro i quali gridano la croce addosso ai padri nostri, quasichè compromettessero la giustizia e la sicurezza lasciando libero un uomo che prevedevasi andare incontro alla condanna di sei mesi di prigionia, non veggano più nessun pericolo nel lasciar libero un uomo che corre incontro alla condanna di cinque anni di carcere o venti di relegazione. All'udire i nostri censori sembra di sognare. La giustizia (dicono essi) non può vivere sotto la legge toscana. Chi è in pena di due anni di carcere corromperà i

testimoni, commetterà nuovi reati, metterà a soqquadro la città, e finirà con lo evadere e deridere i magistrati e la pena se voi non lo tenete stretto fra i vincoli. È questa la bandiera che essi tengono alta nella guerra che fanno alle consuetudini della Toscana. Essi intuonano lo *jam proximus ardet Ucalegon* se i più piccoli delinquenti non sono tenuti prigione. E dopo la proclamazione di tali moventi essi da ciechi si innamorano del metodo inglese. Ma non avvertono che accettare una dottrina penale e al tempo stesso rinnegare i sommi principii ai quali quella dottrina s'inspira, è un aberrare dalla buona logica. Il cittadino inglese emula l'antico *civis romanus*. Il suo *habeas corpus* non è una panacea per impedire le fughe e gli intralciamenti di un processo, come sognano certe piccole menti italiane. È lo effato più nobile del sentimento della dignità personale del fiero Brittanno. È la proclamazione del sommo principio che la libertà individuale è sacra in tutti finchè non è chiarita la colpa. Questa recognizione del diritto individuale alla libertà è subordinata ai principii aristocratici di quel governo: e perciò si chiede la cauzione affinchè il privilegio godasi solo dagli *abbienti* e non estendasi ai *non abbienti*. Si considera la *potenza di dar cauzione* come una condizione del privilegio, non già la *cauzione* come un pegno di sicurezza (1). Non

(1) Tanto è lungi che in Inghilterra alligni questa miserabile idea di elevare al grado di *difesa sociale* una somma di denaro versata nella pubblica cassa quanto è certo che non è ammesso *mai* questo modo di *cauzione*. La *sola cauzione* ammessa in Inghilterra è quella degli amici che si presentano al giudice, e chiedendo la libertà dell'imputato assumono essi l'impegno di fare che l'imputato si presenti alla futura udienza. Questo impegno il mallevadore accompagna con la obbligazione che assume di pagare al pubblico tesoro una somma di danaro determinata dal giudice, qualora al giorno della udienza l'imputato non si presenti. E siffatta obbligazione si esige conto il mallevadore anche con l'arresto personale quando si verifichi la non comparsa. Si ha dunque fede nel cittadino probo ed illibato che si offre mallevadore della comparsa; si ha fede nella sua *persona* e non nel *denaro:* Picot *recherches sur la mise en liberté sous caution*, *art. troisième*; *dans la Revue Critique vol.* 21, *pag.* 550. Ed è a notarsi che l'erudito scrittore (quantunque francese) loda il metodo inglese come il migliore per ogni lato, censurando il metodo francese del deposito in denaro come ina-

si sognano gl'Inglesi di guarentire la sicurezza e la giustizia con cinquanta ghinee. Lo inglese guarentisce la sicurezza e la giustizia con i suoi scogli, con le sue flotte, con le sue forze, con la energica educazione del suo popolo, e sopratutto con la sua polizia cittadina che vale mille volte meglio della nostra polizia. Tutto avremmo sognato di leggere, oggidì che tutti scrivono e tutto si scrive, fuorchè il vanto di guarentirsi dalle frodi contro la giustizia e dagli esilii volontari mediante il superlativo ritrovato di un deposito di duecento lire. Noi toscani non avevamo mai levato a così sublime volo la farfalletta del nostro misero ingegno da credere seriamente che un italiano andasse cinque anni prigione piuttosto che perdere pochi centi di lire. *Non his auxiliis nec defensoribus istis tempus eget.* Un deposito pecuniario niente previene le corruzioni od intimidazioni a difesa; niente il trafugamento dei corpi dei delitti o delle loro vestigia; niente previene la iterazione di reati. Resta la fuga: ma che il deposito trattenga la fuga, io non posso crederlo per ragione, nè per esperienza. Quando io vedo talvolta dar mille franchi ad un abile patrono per

---

dequato, impaccioso nella pratica, e di gran lunga peggiore. E questo è notabile per mostrare la ragione per la quale i nostri legislatori, trascinati dall'impulso irresistibile di imitare lo straniero, abbiano preferito il metodo di Francia a quello d'Inghilterra. Per il nostro art. 217 del nuovo codice di procedura penale non si ammette che la cauzione *reale;* o *ipoteca* o *denaro.* Cinquanta dei migliori cittadini che si offrono di obbligarsi a far comparire l'imputato con promessa di una indennità non valgono a niente, perchè lo spirito della nostra legge è quello di cercare sicurezza nella *cosa* e non nella *potenza morale delle persone.* Eppure poco vi vuole a comprendere che quando persona illibata e rispettabile si impegna sotto il proprio pericolo a fare comparire l'imputato, ciò mostra in lui la coscienza di un influsso morale sull'imputato stesso capace di tenerlo a dovere. Laddove nella somma depositata dall'imputato non avvi che un influsso *accidentale* e tutto *relativo;* dipendente cioè dalle condizioni patrimoniali del reo e dalla prevalenza degli affetti suoi. In quanto all'antica Roma è chiaro da un passaggio di Tito Livio (*lib.* 3, *cap.* 13) che il primo esempio di una liberazione mediante cauzione eccitò gravi lotte fra i patrizi e la plebe, e che l'ammissione di quel provvedimento si considerò come una vittoria del patriziato.

la speranza (nuda speranza) di evitare un mese di prigionia, come posso io credere che rispetto al valore sempre variabile e sempre indefinibile della sensibilità per la pena possa augurarsi una preponderanza costante della tenerezza per una somma di denaro! Tutto è relativo in questo campo negl'*individui;* un criterio solido e fermo non può trovarsi che nei *calcoli del legislatore.* Chi si immagina ragionare sulle risoluzioni di un individuo va nella poesia e nella divinazione: dipende dal modo con cui sente colui lo avvenire della pena. Dipende dalle sue tendenze nostalgiche, dai suoi amori in patria, dalle sue industrie, dalle sue abitudini, dai suoi avviamenti, in una parola dalle cento eventualità che a lui fanno parere o un male insopportabile o un'aurora di più ridenti speranze l'esilio che sostituisce volontariamente alla pena. Su questa bilancia le cento lire depositate non hanno il peso di un atomo, tranne forse nella figura eccezionale e rarissima dell'avaro innamorato dell'oro, figura che veggo grandemente diradarsi nell'età presente nella quale *crescit amor nummi* soltanto perchè cresce l'amore degli agi, dei piaceri, e dello scialaquo. Non così nel legislatore. Esso procede sopra un calcolo positivo. Esso non cerca quali saranno le predilezioni di uno o di altro giudicabile. Esso deve imporre la sanzione che converte in precetto efficace i dettati della legge giuridica. Nello studiare le forza repulsiva di tali sanzioni egli ha giudicato per criterii assoluti che il bando dai suoi stati equivalga a due anni di carcere. E fermo in questo suo giudizio egli si è trovato indifferente che il reo subisca il carcere fino a due anni o piuttosto liberi per sempre la patria dalla sua sgradita presenza. Non mi conviene (ha egli detto) di aggravare l'erario, di turbare le famiglie, di stipare le prigioni di persone poco e forse niente colpevoli, per assicurarmi la consecuzione della pena *legale:* fugga pure colui: la pena *volontaria* ch'egli imporrassi col bando basterà sempre alla desiderata sanzione, basterà sempre a ristabilire la pubblica tranquillità, a rialzare il trono del diritto e la opinione della sicurezza nei cittadini. Ecco il ragionamento al quale si inspirava il sistema toscano per chi voglia capirlo; e se avvi chi non vuole ca-

pirlo non sarà mia colpa. Il nuovo sistema è navicella senza timone e senza nocchiero gettata in mare; arriverà o non arriverà al porto? Ai venti la cura. E difatti nella breve pratica da me corsa sotto la nuova legge ho già udito parecchi di questi depositanti raccomandarmisi per una strenua difesa, soggiungendo che se toccava loro una pena leggiera l'avrebbero subita; ma se troppo grave avrebbero perduto il deposito e mutato cielo. Che più? Li stessi censori della legge toscana in uno scritto più di fiele che di senno ripieno, vennero con una ingenuità veramente mirabile a dirci testè *non essere strano il caso che i condannati perdano la cauzione e fuggano.* Singolare confessione sulle labbra di chi trova nella cauzione il supremo palladio della *difesa sociale.* Lo credo bene ancor'io che fuggano, poichè avete posto loro davanti mille lire da un lato e dieci anni di reclusione o venti di relegazione dall'altro lato. Ditemi che le cauzioni abilmente maneggiate possano essere una California per raggiungere il sospirato pareggio; ed io senza invidiarvi questo ramo di entrata potrò far le viste di crederlo. Ma non venite a contarmi che le cauzioni siano il baluardo dei nostri diritti. E sopratutto cessate di coprire una disutile severità verso i piccoli delinquenti infelici, con una fiducia fatua verso i gravi malfattori prediletti dalla fortuna.

Dissi inoltre che il nuovo sistema è *ingiusto,* perchè è ingiusto tutto ciò che si opera a restrizione degli umani diritti non per una esplicita ed universale *determinazione di legge,* ma per l'accidentale e fluttuante *arbitrio dell'uomo.* Non sarà *contra jus* nella *forma,* poichè la legge incauta ha esautorato se stessa dando ai funzionari la balìa di concedere o di negare a talento loro ciò che si dovrebbe negare o concedere dalla legge. Ma sarà *contra jus* nella *sostanza,* o almeno avrà sempre la potenza in tutti i casi di riuscir tale; lo che torna allo stesso. Ciò che la legge direttamente ordina è sempre giusto perchè il suo precetto o lega o favorisce ugualmente tutti i cittadini con criterio immutabile. È la legge che impera. Ciò che ordinano gli uomini (sia pure un arbitrio lasciato loro dalla legge) è sempre elastico, e variabile col variare degli uomini, delle loro

parti, e dei loro affetti. La legge in Italia ha avuto alla sua volta il suo regime costituzionale. Essa regna ma non governa: il comando non è più sotto la sua mano, ma sotto la mano della Burocrazia. Questa è incensurabile perchè investita del pieno arbitrio, nè avvi potestà di fare appello alla legge onde moderare i placiti suoi. Se questi riescono conformi al retto, è fortuna, niente più che fortuna: sicchè in ultima analisi la tutela dei nostri diritti è consegnata alla sorte. Ed ecco che è sempre *ingiusto*, perchè non impera un precetto di *gius* ma la volontà di un uomo. Ora che gli ordini dell'art. 205 altro non facciano che mettere in trono l'*arbitrio* è una verità incontrastabile.

Ciò è detto apertamente nell'ultima parte di quell'articolo dove concede agli ufficiali della giustizia illimitata balìa (con la parola *potrà*) di mettere al largo della vita sociale i facinorosi ai quali la legge minaccia reclusione o relegazione. Ma ciò è ugualmente certo anche nella prima parte dove contempla i delinquenti minori. Nè mi rattiene dallo affermarlo la parola *dovrà*, la quale a chi si arresta alla corteccia facilmente insinua il pensiero che qui la legge imperiosamente obblighi il giudice a schiudere il carcere senza dimora a tutti coloro che si trovano nella categoria da lei favorita. Disinganniamoci. È tutta apparenza: come tutta apparenza sono tante e tante pompose guarentigie delle quali ridondano le nuove leggi penali, e che in pratica si riducono a tele di ragno, e polvere negli occhi agli illusi. Che io sia un onesto artigiano fornito di limitata fortuna; che io sia imputato di un leggiero delitto punibile al più con un anno di carcere: che io peraltro mi trovi nelle cattive viste di coloro ai quali l'art. 205 comanda con quello inesorabile *dovrà*, di scarcerarmi mediante cauzione, e chieda la mia libertà. Ebbene! Rigettare la mia istanza non si può: si accorda la libertà provvisoria, ma subordinata ad una cauzione di duemila lire. Questa somma è per me un impossibile: ed io resto in carcere fino alla sentenza a bearmi nella lettura dell'art. 205 ed a farmi vento col decreto che mi accorda la libertà. Io n'ebbi il caso: e fu caso che finì con l'assoluzione per riconosciuta innocenza. E chi vieta che oggi allo agiato si chieda cento, e dimani

al più meschino si chieda mille? Dunque ho ragione quando dico che regna sovrano l'arbitrio con potestà di deludere la legge. Nè già credasi che io volessi determinata dalla legge a priori la *somma* della cauzione che lasciasi in bianco all'art. 212. Io non posso volerlo, nè mi si apponga ciò. Non posso volerlo perchè sarebbe di impossibile esecuzione. Ma appunto per tale impossibilità l'*arbitrio* è siffattamente incarnato in questo metodo delle cauzioni che non può separarsene. Ed è per ciò che esso riesce inevitabilmente *ingiusto.*

Dissi finalmente che il nuovo metodo è *iniquo*, perchè la legge non distribuisce ugualmente ai poveri ed ai ricchi i suoi favori e le sue protezioni. Dello spirito aristocratico al quale si inspira questo sistema già diedi cenno di sopra. Ma qui veggo recarmi innanzi l'art. 214 che si decanta dagli avversari nostri come il *non plus ultra* della democrazia. *I poveri* (così l'art. 214) POSSONO *essere dispensati dall'obbligo della cauzione, quando risultino a loro riguardo favorevoli informazioni di moralità.* Cosa mai pretendete di più (mi verranno dicendo) e di che vi lagnate? I poveri sono *privilegiati* sopra i ricchi: sono i prediletti della legge: essi hanno abilità di fuggire senza perdere un obolo. A rischio peraltro di aver censura di incontentabile io debbo protestare che anche nell'art. 214 altro non ravviso tranne *apparenze* di equità incatenate sempre alla perpetua tirannide dell'*arbitrio;* ed anzi di un arbitrio che è qui più sensibile e pericoloso perchè siede in alto ed in basso. Ciò dimostro mentre vado esponendo il quinto ed ultimo precetto del novello sistema.

5° Con la formula *liberazione per privilegio* io intesi accennare alla scarcerazione che si può accordare ai poveri senza obbligo di cauzione, precisamente perchè sono poveri. Questo precetto incontrasi nell'art. 214: e i vizi che a me sembra dovere rimproverare all'articolo stesso vado rapidamente ad esporre con l'analisi del testo medesimo.

Si parla di *poveri:* ma qual è il criterio di questa povertà? Deve essa risultare dalla nullatenenza all'estimo, da inabilità personali, da relazioni esteriori, o da altre circostanze? La legge nulla definisce; sicchè la prima porta

schiusa all'arbitrio sta in questo che un bracciante possa dichiararsi non povero perchè padrone di una casupola del valsente di pochi centi di lire; ed il rigetto non sarà denunciabile per violazione di legge (1).

La seconda porta schiusa all'arbitrio trovasi nell'uso del verbo *possono*. Perchè mai non si è qui ripetuto il *dovrà* dell'art. 205? Non a caso per certo si è fatto ciò, poichè non è a credersi che si scrivano a casaccio leggi di questa natura. Ciò significa adunque che il legislatore ha permesso al giudice di imporre l'obbligo della cauzione anche al povero quantunque di eccellente moralità. E siamo sempre all'arbitrio. Certo è che io non oserei denunciare alla cassazione un decreto siffatto, nella sicurezza di sentirmi rispondere siamo in *facultativis*.

Si richiede poi la *buona moralità*, quasichè si trattasse di distribuire il premio della Dottrina Cristiana. Ma ricordiamoci che siamo in materia di *sicurezza*. Ricordiamoci che gli avversari nostri accusano noi toscani come anarchici demolitori *della difesa sociale;* e vantano che ogni linea della nuova loro legge costituisce una corona intangibile di *difese sociali*, un vero quadrilatero. Ma io dimando cosa ha che fare la *moralità con le cento lire?* Mi si risponda sul serio. Alla buon'ora se di queste *favorevoli informazioni di moralità* gli autori del nuovo sistema ne avessero fatto la pietra angolare del medesimo. Se dopo avere adottato la prima massima *per tutti i delitti si può andare prigione*, avessero soggiunto come succursale assoluta la seconda massima *nessuno esca di prigione tranne chi informa della sua buona moralità*, alla buon'ora. Essi si sarebbero almeno mostrati logici. Sarebbe stato un sistema come tutt'altro: avremmo potuto rimproverarlo di esagerazione, di severità, di ascetismo; ma sarebbe stato un sistema co-

---

(1) Quello che unicamente io ho veduto come certo si è che i *miserabili* sono esclusi da questo favore, perchè (almeno per il costume di molte cancellerie) se io ho voluto presentare una istanza per provvisoria scarcerazione di un miserabile, ho dovuto cominciare dallo spendere in carta bollata e dazi d'uffizio. Che logica sovrumana; veramente sovrumana!

struito sopra un ordine di idee logicamente connesse fra loro. Ma così non è, perchè è vanità cercare un ordine razionale dove sola guida è l'empirismo: così non è. La *immoralità* per la legge italiana è tollerata nel ricco, è perseguitata nel povero. Se a me si presenta il padre di un proletario che sia carcerato per un delitto minacciato da un anno di carcere, e mi prega a procacciarne la scarcerazione annunziandomi però che le fedi di moralità di quel detenuto sono tutt'altro che nette, io sarò ben pazzo se farò istanza per la esenzione dal deposito. Ma ciò non significa già che la società sia assicurata contro la liberazione di quel detenuto. Ohibò! io non ho che ad anticipare il deposito di cento o di centocinquanta lire, ed ecco neutralizzata la cattiva moralità. Gli uomini del suo partito fanno una colletta (*vera refero*) e in meno di due ore le mille o le duemila lire chieste dal P. M. hanno ammansato le ire; vinti i timori: si schiudono le porte del carcere. Ecco dileguati per la miracolosa virtù di poco argento i pericoli che la società temeva dalla liberazione di quell'uomo immorale: ecco dopo un'ora il reprobo passeggiare liberamente per la città. Purchè il proletario non sia nè *ozioso* nè *già condannato criminalmente* il giudice *dovrà* accordargli la libertà provvisoria a dispetto della sua pessima moralità se egli ha potuto raggranellare l'offa da gettare nelle fauci del nuovo Cerbero; poichè in un vero Cerbero si è convertita la giustizia. Voi voleste così; e sia così, poichè oggi è vostra la potestà di volere. Godetevi il parto peregrino delle vostre menti: ma almeno abbiate il pudore di tacere. E cessate dallo assordarci coi pomposi panegirici degli ordini nuovi: cessate dallo insultare ai nostri giuristi; cessate dallo insultare ai nostri vecchi magistrati; cessate dal vilipendere le leggi toscane come proscioglitrici della pubblica sicurezza, cessate finalmente dallo encomiare le vostre riforme spacciandole al popolo illuso come l'arca santa della *difesa sociale*. Voi gridate che la società sarebbe stata mal sicura sotto le leggi toscane perchè queste lasciavano in libertà durante il processo un inquisito che offriva sospetto di incontrare una pena di due anni di prigionia; e poscia voi medesimi rendete alla libertà non solo colui, ma anche altri

alle quattro volte peggiori perchè vi hanno dato pegno di qualche centinaio di lire. E in sembianza di serietà andate millantando di avere con quel pegno salvato la patria. Questa non può essere malafede: no la sarebbe troppo temeraria. Questa deve essere una vertigine, una vera allucinazione. Ben altro era il concetto nel quale il legislatore Toscano seppe utilizzare la *cauzione*. A lui non arrise lo ideale fantastico di una *società difesa* con un deposito di denaro. Egli sentì il bisogno di guarentire i sudditi Toscani dalle improntitudini di persone che avrebbero avuto agevole mezzo di sfuggire all'obbligo di riparare i danni occasionati o allo stato o ai privati cittadini. Contemplò i forestieri e coloro che non avessero domicilio fisso in Toscana. Di costoro la legge del 22 novembre 1849 (confermatoria di ordini precedenti) ingiunse l'arresto immediato quando anche si fossero resi colpevoli di una trasgressione di polizia conducente a sola pena pecuniaria; ma a qual fine ciò? Al fine di ottenere da lui, come prescriveva il successivo articolo 46, il deposito di una somma di denaro che potesse antistare alla multa ed ai danni da rifondersi all'offeso, il quale aveva anche il diritto di costituirsi parte civile, e discutere in contradittorio dell'imputato la quantità della cauzione o della mallevadoria offerta dal forestiero. In tutto questo vi era buona logica, perchè si trattava di salvare col denaro il denaro; ed eravi una imponente necessità per provvedere in tal guisa. Un viaggiatore che transitando Firenze avesse fatto sfarzo in una via popolosa dei suoi vivaci cavalli e ferito qualche cittadino: un marinaro che sbarcando ubriaco a Livorno avesse rotto le vetrine di un negoziante o recato altre molestie, non poteva rilasciarsi a sè medesimo. Egli poteva all'indomani partire, e deridendo la terra che gli aveva dato momentanea ospitalità aspettare a Londra o a Peckino che là venissero a farsi gli atti esecutivi per la refusione delle spese e della multa allo Stato, e delle indennità al Toscano infelicemente manomesso. Questo, che era l'unico caso della cauzione fra noi, procedeva da un bisogno reale e correva dietro ad una realtà: bisogno reale schivare le perdite pecuniarie dei nostrani; realtà assicurarsi contro le eventualità di siffatte perdite

mediante un deposito di denaro. Alla eventualità delle pene corporali provvedevano le leggi nostre col consueto calcolo della proporzione fra la pena evitata ed il bando; il qual bando se era volontario per parte del nostrano era anche necessario per lo straniero che ne aveva la comminazione della legge come pena accessoria. Ma i nuovi legislatori che non pensano a guarentire il denaro col denaro, hanno invece creduto di guarentire col denaro la carcere, la relegazione, ed anche la reclusione. Avvi qui un rovescio totale di idee.

Ma proseguiamo nella nostra analisi.

Qual'è dessa la *moralità* che desidera l'art. 214? È la moralità *religiosa*, la moralità *civile*, la moralità *politica?* Quale? Non vidi mai leggi che adeguassero la sapienza delle nuove leggi penali italiane nell'arte di maneggiare il vocabolario dei modi perplessi e delle parole elastiche. Sotto questo punto di vista è necessità confessare nei nuovi legislatori un raffinamento di studii al quale non giunsero mai i nostri vecchi legislatori che alla carlona credevano fosse loro debito di parlare chiaro ed usare vocaboli che avessero un solo e nitido significato. Quest'arte è buonissima perchè gli organi del potere esecutivo ai quali si sono poste in mano le fila di tutti gli attori che recitano sul teatro della giustizia, abbiano facile il modo di far dire alla legge quello che via via torna comodo ai loro divisamenti. All'ombra della vaga parola *moralità* può negarsi ad uno il benefizio dell'art. 214 perche tiene in casa una concubina; negarsi ad un altro perchè lo grava una condanna di otto giorni di carcere di vecchia data; negarsi ad un altro perchè ha mostrato tendenze repubblicane. A tutti questi rigetti non vi è da rispondere. Quando il giudice ha proclamato il difetto di moralità, al patrono non rimane che tacere; ed al cliente godersi la carcere. Non è possibile denunciare come violata una legge che nulla definisce e tutto lascia alla signoria dell'*arbitrio*. Questo è ciò che si vuole: ma se questo sia buono lo giudichi altri. Certo è che ciò non è buono per il mantenimento della legge giuridica, quantunque sia parso buono per la *difesa sociale;* ch'è quanto dire per sostenere un partito cogliendo ogni arme per vessare ed opprimere gli uomini degli opposti partiti.

Che deve dirsi poi delle *informazioni?* Anche questa è parola sibillina ed ambigua, appositamente scelta con il solito accorgimento. Io non credo (benchè la legge nol dica) che nei casi pratici possa farsi a meno di un qualche cosa che abbia l'aria di *documento scritto*, e supporre che siamo iti tant'oltre nei progressi della libertà da tornare ai decreti *ex informata coscientia.* Un giudice non oserebbe oggi rispondere *ti tengo in carcere perchè so che tu sei un cattivo arnese.* Ma se lo fa scrivere da qualche agente subalterno; e torna lo stesso. L'arbitrio è spostato di un grado ma è sempre un arbitrio. Della mia sorte non decidono i *fatti giustificati*, ma le opinioni e le voci; che per lo più risalgono nella loro genesi a persone incognite, ad amici segreti, a gente che non mostra la faccia, nè porge veruna guarentigia di sè. Tutti elementi congeniti alla polizia (1); elementi che a lei sono buoni ed anco necessari; ma che non possono trasportarsi a funzionare nel magistero punitivo, ed a signoreggiare i severi procedimenti di questo senza produrre il cataclisma di tutti i suoi più santi precetti e gettare la giustizia nella più pericolosa confusione.

Ma queste *informazioni* da *chi* si debbono attingere? Nel primo attuarsi della nuova legge io vidi formarsi in queste provincie la pratica che le informazioni di moralità si procuravano dai Sindaci del domicilio del detenuto i quali li rafforzavano con qualche firma di persona autorevole della località. Ma nell'aprile del 1872 dovetti apprendere che questa non era la buona pratica: ed ecco il caso. Presentatisi a me cinque imputati di partecipazione a una rissa con ferimenti mostrarono desiderio di costituirsi spontanei

---

(1) Ripeto che la polizia esautorata come polizia dei suoi paurosi poteri per virtù del libero reggimento, ha riguadagnato più larghi poteri facendosi donna e signora del procedimento penale. E ciò non solo si vorrebbe nel procedimento scritto, ma anche nel procedimento orale, ed anche alle stesse corti di Assise, se la equità dei vecchi Magistrati, e la intrepidezza e rettitudine dei Giurati non facessero spesso baluardo a questo pauroso flagello. Ma lo faranno sempre? Sarebbe temerità sperarlo: e ad ogni modo la libertà civile che è data dalla benignità di un uomo e non da un ordine legislativo, non è libertà civile.

onde venire ammessi alla libertà provvisoria; ed io mi assunsi la operazione: e poichè tutti insistevano sul desiderio di potere ottenere il ritorno in seno alle loro famiglie per la prossima pasqua di risurrezione (distante ancora per sufficiente intervallo) mi avventurai a promettere alle loro famiglie questa consolazione: e così li consegnai alla giustizia. L'uno di essi era solvente; offerse la cauzione; e quantunque fosse forse uno dei più gravati e dei più riottosi, in pochi giorni fu reso alla libertà. Gli altri quattro erano poveri e non potevano offrire cauzione: ma io aveva esibito in perfetta regola le fedi di moralità emesse dalle autorità comunali e pareami di poter essere tranquillo. Grande per altro fu la sorpresa mia quando il venerdì santo mi fu fatto conoscere essere sopraggiunta una circolare (perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane) la quale ordinava che le informazioni desiderate dall'art. 214 si chiedessero ancora agli uffizi di pubblica sicurezza. Ecco il perchè si fanno leggi ambigue ed oscure; perchè possano i ministri farvi a piacimento loro aggiunte che mutino faccia alla legge. Io caddi dalle nuvole: mi scusai alla meglio con quella buona gente, che dovette rassegnarsi a vedere la mensa solenne deserta dei figli. A bell'agio le informazioni vennero. Per tre erano favorevoli, ed ebbero la libertà: per il quarto furono contrarie, risultando essere stato altra volta *ammonito* dall'ufficio di sicurezza; e dovette per altri quattro mesi (1) starsene in carcere ad aspettare la sentenza: e ciò per effetto di un *monito*. E cosa siano oggi i moniti della polizia e come si infliggano spesso

(1) Singolare è la osservazione che lessi in uno scritto recentemente pubblicato a difesa del nuovo sistema. Si è detto che le carcerazioni preventive *raramente eccedono la durata di due mesi di prigionia*. Sia pur vero ciò se si stabilisce una statistica sopra una *media proporzionale* di quelle *durate*. Fosse anche un solo mese siffatta *media*, questo non è il modo di guardare la questione, ed è una derisione guardarla così. Se dei ventimila giornalmente posti in carcere preventivamente, sedicimila ne sono liberati prima di due mesi ciò poco importa, e poco refrigerio arreca agli altri quattromila; dei quali mille si sostengono prigione più di sei mesi, altri mille più di un anno, ed altridue

per cose insignificanti, spesso per vani sospetti, e sempre senza sindacato o potenza di correzione, ognuno lo sa senza che io lo dica. Così fu aggiunto un nuovo anello alla catena che stringe il povero. Un sospetto lo sottopone a monito senza che egli abbia mezzo umanamente possibile di torsi quella macchia d'addosso fino a che vive: un altro sospetto lo fa arrestare e lo getta nel carcere: il primo sospetto ne chiude le porte. E sovente tutti questi sospetti scaturiscono da una sola fonte, dalla persecuzione cioè di qualche segreto nemico. Ma se quel disgraziato avesse potuto disporre come il compagno suo di centocinquanta lire, oh! allora era spuntata l'arme fatale del monito; allora non era più pericolo di ruina per la città di Pisa restituirlo alla libertà; tutto allora era salvo, e la società era difesa: e addormentandosi sull'origliere di quei due fogli di carta consegnati alla cassa pubblica, tutti a coro avremmo dovuto esclamare, niente più abbiamo a temere per parte di costui.

Quando poi un patrono officioso implora dal giudice la scarcerazione per deficienza di indizi, ode rispondersi confidenzialmente dallo onesto magistrato (curvato anch'esso sotto la pressura del potere esecutivo) *in verità non vi è niente: ma come si fa! liberarlo subito sarebbe un affronto alla Pubblica Sicurezza: bisogna sostenere l'autorità. Ho scritto alla Questura che se non mi danno altri elementi io non posso più a lungo ritenere costui: e spero quanto prima poterla contentare: ma sul momento è impossibile.* E perchè mai è impossibile? Perchè il processo è affatto vuoto a carico di quel disgraziato; perchè bisogna salvare l'onore delle armi anche calpestando i diritti dell'uomo; perchè bisogna dar tempo allo ufficio di giustificare l'arresto cercando e spigolando li indizi che avrebbe dovuto avere già

---

mila anche più a lungo, mentre poi la maggioranza di questi disgraziati viene riconosciuta innocente o meritevole di lievissima pena. Consolatevi, sventurati innocenti, delle lunghe afflizioni immeritamente sofferte, consolatevi nel pensiero che per altri sedicimila vostri compagni di infortunio quelle afflizioni cessarono prima di due mesi! E non è questo un insulto?

in mano (1) prima di procedere all'arresto; perchè finalmente quando niente altro si possa raggranellare gioverà pur sempre il ritardo della scarcerazione per far credere al popolo che vi era pure qualche cosa, e che l'arresto non fu eseguito avventatamente o a capriccio. Povera umanità! E con questi metodi credesi di migliorare la Toscana: la Toscana dove anche le pietre sanno che tutta la sua famigerata civiltà, la sua quiete, la sua invidiata mitezza, tutto ha la data di un secolo; tutto dal 1860 in addietro risale al primo Leopoldo, ed alle sue grandi riforme: fra le quali la più costantemente benedetta e laudata fu lo spodestamento dei birri. È ipocrisia attribuire al clima e alla razza la moderazione dei nostri costumi. Si consulti la storia; si studino gli annali dei processi criminali dei famosi tempi degli *ordini diversi*, dei tempi della forca, della frusta, dello squarto e della onnipotenza del bargello, e vedrassi che le provincie toscane a quell'epoca di poco differivano dalle provincie sorelle. Sono le leggi prudenti ed i buoni ordini amministrativi quelli che civilizzano i popoli: è il sentimento della propria dignità la molla più potente a sollevare l'uomo dal fango delle rie passioni e spingerlo alle virtù cittadine.

Ecco dunque come si vanno allargando i privilegi concessi al povero dall'art. 214. Ma tutto è coerente; tutto si coordina ai sommi principii, i quali come correnti magnetiche imperiosamente trascinano ad opposti poli secondochè all'una od all'altra si ispira la legge. Il voto del Sindaco nelle scarcerazioni è pura emanazione del principio della tutela giuridica. Nessuno meglio del Sindaco di Lari rap-

---

(1) Altra volta nei miei scritti ho inveito contro quella che io chiamo *teorica della speranza*. Funesta teorica! Si fanno gli invii a giudizio con meschini e frivoli indizi per la *speranza* che più gagliardi indizii scaturiscano al pubblico dibattimento. È l'accusa che elevandosi al grado di tredicesimo Apostolo aspetta dal cielo le lingue di fuoco. Si arresta per la *speranza* di raccogliere indizi promessi da segreti delatori. Si sostiene in carcere per la *speranza* che la questura raccolga indizi che non esistono. Così l'ordine del movimento giudiciario è tutto prepostero e la polizia prende le veci della giustizia.

presentante di quel nucleo di cittadini può essere in grado di conoscere se nella terra di Lari sarà o no per cagionare timori e disturbi il ritorno di quel detenuto prima del termine del giudizio. E se il giure penale ha per suo fondamento la difesa dei diritti individuali, e per suo fine la tranquillità del popolo e non quella affettata da un organo del potere, bene è logico che esso nelle sue operazioni usufruisca le conoscenze di chi è più a contatto con quei cittadini e che meglio è in grado di giudicare quali siano i veri bisogni, quale il modo di protezione più conveniente ai respettivi diritti. Ecco la corrente magnetica che emana dalla giustizia e conduce al polo della giustizia. Il voto dello ufficio di sicurezza al contrario non è che una delle tante intrusioni che si desiderano dal potere esecutivo nel movimento della giustizia penale: intrusione che in ogni sua forma fa a sè stessa puntello della vantata *difesa sociale*. È la corrente magnetica che emana dal desiderio di sostenere l'autorità (1) e che sospinge all'opposto polo della

---

(1) Una minuta analisi delle nuove leggi penali mostrerebbe *ad oculos* che lo spirito prevalente nelle medesime è sempre quello di proteggere l'autorità contro gl'individui, e mai quello di proteggere gl'individui contro l'autorità. Ma questo sarebbe troppo lungo lavoro. Mi limito a mostrarne un esempio nell'articolo 235 del codice penale Sardo, il quale ha tutta l'apparenza di proteggere il cittadino contro le denegate giustizie. Illusione! Quell'articolo non protegge il cittadino ma la *gerarchia:* non punisce il delitto di denegata giustizia o *abuso negativo* come lo dicono le scuole; ma punisce *la disobbedienza agli ordini del superiore.* La legge (a modo di esempio) ordina che io sia scarcerato: e lo chiedo. Ma il giudice persecutore mi trattiene in carcere a voglia sua. Questo non è delitto denunciabile nè punibile. Devo ricorrere al superiore. E quando questi ordini la mia liberazione ed il subalterno persista a rifiutarvisi, il giudice sarà reo non di *negata giustizia* o di detenzione illegale, ma di semplice *disobbedienza.* Ma se allo abuso concorre anche il superiore, come mi protegge la legge? Come mi protegge per il patito ritardo? Su questo non portò neppure il pensiero il redattore di quell'articolo. E notisi che là non si contempla il caso dello *errore scusabile* di giudizio, il quale naturalmente non è delitto. Con la formula *sotto pretesto* evidentemente l'articolo 235 contempla il caso del *dolo* dell'ufficiale, e di questo *dolo* guarentisce a lui la impunità. Ma poi..... dovrà essere sempre vero che la classe dei delitti *colposi*

signoria della forza, rovesciando per giungervi le inutili dighe dei diritti individuali. E il giure penale adagiato una volta su quel falso principio subisce per necessità la nefasta corrente.

Tale è lo insieme del nuovo sistema che nel 1866 vide la Toscana sostituito alle vecchie pratiche dalle quali per lungo tempo aveva raccolto così buon frutto. Noi non abbiamo fatto che notomizzarlo quale esso è, senza addolorarci l'animo col tener dietro a tutti i suoi minuti svolgimenti, e senza preconizzare quanto si correrà oltre nel ruzzolo sulla mala via una volta preferita. Noi avremmo taciuto ancora e ci saremmo volentieri risparmiati quest'ingrato lavoro, se fiere provocazioni non ci avessero aggredito. Un sospiro di dolore emerso dal petto di alcuni giuristi toscani per deplorare le guarentigie della libertà civile a noi già tanto care e miseramente sommerse nelle libertà politiche, eccitò le ire del giornalismo officioso o semiofficioso: e comparvero alla luce scritti caldissimi che avevano per unico loro oggettivo lodare a cielo le nuove leggi sulla custodia preventiva e coprire di amarissimo biasimo gli aboliti metodi della Toscana. Noi leggendo quelli scritti ci sentimmo compresi più da compassione e pietà verso gli scrittori che non da tema e sdegno. E poichè gli autori avevano avuto il pudore di mantenersi nell'anonimo noi li avremmo volentieri gettati da banda, ripetendo ciò che Dante scriveva di coloro che non furon mai vivi, *non ragioniam di lor ma guarda e passa* (1).

---

non esista per gli agenti del potere! Che qualunque allegazione di balordaggine scusi ai fini penali ed ai fini civili gli organi del potere dalla responsabilità di ogni più esorbitante violazione dei nostri diritti?..... Ai posteri la soluzione di questo serio problema.

(1) Ma alcuno di questi scritti non si è limitato ad attaccare le cose; si sono ancora denunciati nomi e ferite persone rispettabilissime ed a noi care. E non solo persone che per la loro situazione avessero libera la penna e potessero smentire le calunnie; come hanno fatto nel n. 222 (*anno XIV*) del Giornale *la Nazione*. Ma ben anco un magistrato superiore che per lo stato suo non può avvilirsi a scendere ad una polemica con un anonimo: e questo magistrato benemerito della giustizia e benemerito della scienza si è vituperato copertamente con un motteggio,

Certamente si confutano le argomentazioni più o meno sofistiche; ma non si confutano le declamazioni e le iattanze di immaginarie paure. Ma poichè troppo è lo studio col quale da qualche tempo un giornalismo retrivo nelle materie penali (benchè talvolta traboccante in opposto senso nelle materie politiche) cerca di trasfondere negli animi quelle paure, così mi è piaciuto pigliare occasione del presente scritto onde rompere una lancia contro questi disseminatori di false insinuazioni dirette pertinacemente contro la vecchia scuola toscana, e contro i nostri istituti in questo doloroso argomento della custodia preventiva. Nulla è così

---

designandolo come fautore dell'anarchia nel tempio della giustizia, come alleato ai protettori della gente immorale, e dei sovvertitori della pubblica sicurezza; e ciò unicamente perchè a quell'uomo era sfuggito dal labbro il pensiero che potesse mantenersi l'ordine pubblico senza bisogno di fare della custodia preventiva quello spreco che dà all'Italia ogni giorno dell'anno ventiduemila carcerati per semplici indizi. Si è dimenticato (o forse non si è saputo) che questo insigne giureconsulto è salito ai supremi ranghi della magistratura dopo un tirocinio di quasi trent'anni nei più elevati uffici del pubblico ministero: non si è ricordato che quel Magistrato dottissimo fu esemplare nel lungo esercizio del pubblico ministero nella città di Firenze; perchè seppe accoppiare la destrezza pratica con la dottrina scientifica; perchè seppe tener alta la dignità dell'ufficio col non impiegarlo mai ad assunti non sostenibili; perchè seppe gelosamente fare osservare la legge della quale (e non del potere esecutivo) egli era ministro, senza vilipendere la umanità; ed esser severo e giusto senza essere crudele. Ad un tale uomo si osò con voce anonima gettar dietro uno sconveniente rinfaccio; e sarebbe stata vergogna se fra tanti i quali venerano quel dotto e probo magistrato nessuno avesse ritorto lo strale lanciato dalle tenebre.

E si è sopratutto dimenticato che è viltà combattere i nomi senza mostrare il proprio. Sotto il velo dell'anonimo bene è lecito far guerra alle idee, perchè le idee non hanno nome, e la battaglia è pari da ambo le parti. Ma quando si vuol far guerra ai nomi è debito di lealtà mostrare il proprio perchè il pubblico possa nel giudicare della contesa valutare il peso da darsi alla autorità dello scrivente. Altrimenti potrà il pubblico pensare che sotto l'anonimo si nasconda qualche persona autorevole, mentre forse l'autore può essere qualche pagnottipeta che immagina cattivarsi le simpatie di un ministro, o qualche sciolo che si vendica di una sentenza contraria; in una parola qualcuno di coloro che il grande Cuiacio scrivendo contro Roberto chiamava *monogramma jurisperiti qui severitate mentis simulant scientiam.*

pericoloso al buon avviamento della pubblica opinione quanto gli scritti che si presentano a lei sotto mentita bandiera. Che un giornale abitualmente retrivo tenti risuscitare la ruggine del medio evo nelle dottrine penali è cosa logica e tollerabile, perchè leale. Chi legge quel giornale sa benissimo qual è il partito al quale serve il medesimo, e comprende che in tutta la linea della battaglia esso deve combattere per le opinioni che da quel partito si rappresentano. Ma ben altra è la situazione del pubblico inesperto nelle materie giuridiche quando una tesi di diritto punitivo tutta piena di errori fatalissimi alla libertà civile ei viene a leggere in un giornale che si vanta propugnatore di idee liberali e di civile progresso; e trova le massime di Canosa, di Vouglans, e di Le Maistre, intarsiate fra le invettive contro la Corte Romana e le censure contro gli atti del ministero. Allora il pubblico non intende più niente; più non distingue gli amici del popolo dai suoi nemici; si perverte il suo senso giuridico, e poco a poco viene a condursi nella credenza che gli imprigionamenti multiplicati a capriccio, e poi la onnipotenza dei birri, o poi se vuolsi anco la frusta ed anco il carnefice, siano strumenti santissimi di libertà quando si adoperano da un governo che dicesi liberale. Così nasce quel fenomeno del dispotismo più feroce generato dalle rivoluzioni popolari, sempre per quel fantasma della *difesa sociale*. Lo Stuardo e il Caracciolo, Antonietta e Ney, Massimiliano e Riego, caddero ugualmente uccisi al grido della *difesa sociale*. Anche i comunisti di Parigi incendiavano la città gridando che essi erano i difensori della società, perchè per essi lo stato era il Comune. E così è, e così fu, e così perpetuamente sarà finchè le dottrine politiche lasceranno sul campo un vessillo ed un arme che può afferrarsi da chiunque salisce al potere, e volgerlo contro la umanità a proprio vantaggio.

Io potrei ricominciare da capo il mio lavoro; e rinnovare la escursione applicativa della mia tesi, non più contemplandola nel mero rapporto delle questioni astratte, ma nella estrinsecazione dei fatti. Ricorrendo sulle orme delle tradizioni e delle storie le vicissitudini della umanità, troveremmo in tutti i luoghi ed in tutti i tempi riprodotto ad intervalli

quel fenomeno pauroso di delitti atrocissimi commessi da uomini assunti al potere: e consumati a sangue freddo, di pieno meriggio, e menandone vanto, perchè commessi sotto il pretesto di punire fatti colpevoli; e così tramutati in operazioni legittime e quasi santificate. Fenomeno pauroso, perchè turba le coscienze, e non lascia più balìa di discernere da qual lato stia il giusto e da qual lato l'ingiusto, dove l'oppresso e dove l'oppressore, dove debba ardersi lo incenso e dove scagliarsi lo anatema. Ebbene questo fenomeno ricongiunge agli occhi del filosofo uomini e fatti disparitissimi e lontani nel cerchio di un solo pensiero. Le proscrizioni di Silla, la condanna di Socrate e di Gesù Cristo, i martirii dei Cristiani e il massacro degli Ugonotti, il comitato di salute pubblica del parosisma francese e i roghi di Spagna, i comunisti di Parigi ed i loro giustiziatori, una serie insomma di fasi storiche sanguinosissime si congiunge in un solo pensiero: cioè la falsa idea che pone a fondamento e misura del giure punitivo la *difesa sociale* (1).

---

(1) Ridotta la mia tesi ad una dimostrazione rigidamente dialettica, ecco le proposizioni nelle quali io la stringo.

1ª Non può l'autorità sostenere la legittimità del giure penale sul fondamento della *difesa sociale* se non dimostra la preambula legittimità della società civile.

2ª Oggigiorno rejette le false dottrine della favola, del patto, e dell'utile, universalmente riconoscesi dai pubblicisti come *sola* ragione della *legittimità* della *società civile* il bisogno di *proteggere* ugualmente *il diritto di tutti i consociati* col mezzo di una autorità che a tutti sovrasti.

3ª Dunque l'autorità è *mezzo* e non *fine*.

È dunque evidente che dando alla *difesa* l'obbiettivo della *società* anzichè l'obbiettivo dei diritti *umanitarii* si risica di anteporre il *mezzo* al *fine*.

Questo è palpabile assurdo.

Infatti: o *il mezzo ed il fine* conducono a identico risultato, cioè esigono identici provvedimenti, ed allora non vi è diversità pratica nella sostanza delle due formule. O invece il *mezzo* ed il *fine* conducono a resultamenti opposti, sicchè per servire al *mezzo* si contraddica al *fine;* ed allora la formula è assolutamente viziosa, perchè implica contradizione fra *causa* ed *effetto*: sofisma che nessuno può seriamente sostenere.

Questa formula fatale fu la Sirena che addormentò i popoli, obbligandoli a venerare come atti di giustizia e come benefizi alla città le opere della più iniqua e crudele tirannide; perchè dietro a quella formula poterono facilmente appiat-

---

Tanto varrebbe pretendere che il culto è istituito per onorare i sacerdoti e non per rendere onore a Dio. Le autorità sociali non sono che i sacerdoti del diritto. La suprema signoria non può spettare che a questo.

Torno per altro a ripetere ciò che ho notato e protestato in principio.

Non tutti i criminalisti che adoperarono e adoperano la formula *difesa sociale* la intesero e la intendono nel senso vizioso e pericoloso nel quale ho qui preso a combatterla. Moltissimi dei criminalisti della buona scuola adoperano la formula *difesa sociale* come sinonimo di *difesa dei consociati*, che è quello già da me in principio notato come concetto buono e vero perchè esprimente in sostanza *la difesa del diritto*, altro non essendo ciò che nei *consociati* difendesi fuorchè *il diritto dei singoli e di tutti* loro. Io stesso anni addietro caddi in questo equivoco di accettare talvolta la formula *difesa sociale* come equivalente alla formula *difesa del diritto.*

Ma ulteriori studii ed ulteriori contatti con Criminalisti di opposta scuola mi fecero poscia accorto come in ben altro e ben diverso significato si intendesse quella formula: e precisamente si intendesse dagli statolatri come difesa di una personalità ideale che avesse diritti superiori a quelli degli individui consociati, diritti che dovevano tutelarsi ad ogni costo ed anche con sacrifizio dei più sacri diritti dei singoli. Ciò dovetti vedere e toccare con mano quando ad ogni questione nella quale si voleva propugnare una iniquità, sempre a così nefasto fine si recassero innanzi le esigenze della *difesa sociale;* venendo in ultima analisi all'ombra della medesima a fare dello stato un Saturno. Compresi allora che la pietra angolare del magistero punitivo male poteva adagiarsi sopra un principio formulato con parole equivoche; e fatta legge a me stesso di respingere perpetuamente in avvenire la formula pericolosa, mi diedi a combatterla con ogni mia forza.

Ma con ciò nè oggi nè per lo innanzi io mai intesi di attribuire le erronee e tirannesche vedute che si appiattano dietro la formula maledetta, a tutti i criminalisti che l'hanno adoperata e l'adoperano. Dio mi guardi da ciò. Moltissimi (e sono i più) l'accettarono in buona fede pigliandola nel senso buono e vero; ed a questi io fo reverenza e stringo fraternamente la mano: limitandomi soltanto a pregarli di usarne meno che possono e con le più caute dichiarazioni ed esplicazioni onde non vedersela ritorta alla gola come un pugnale da coloro che la intendono e l'usano in un senso sostanzialmente nemico della umanità, della moralità, e della giustizia.

tarsi gl'interessi e le passioni dei pochi che avevano afferrato il potere; essa fu la maliarda che tramutò in colpa lo esercizio dei più sacri diritti largiti da Dio agli individui, e convertì in delitto opporsi al delitto quando questo era coronato di gemme o di porpora o armato di spada. Senza quella Sirena la prepotenza della forza sarebbesi ugualmente spiegata quando la sorte nemica di un popolo voleva che ad un dato periodo la forza soverchiasse la ragione: ma si sarebbero spiegati quali essi erano come atti di violenza; e non si sarebbero potuti presentare alla venerazione dei popoli come leggi salutari, e come prodotto dei precetti di un ordine superiore. Il catechismo della violenza non avrebbe ricevuto l'epigrafe della dottrina della ragione: si sarebbe scritto « la forza ha vinto » ma non si sarebbe scritto « l'ordine regna a Varsavia ». Il giure penale non dovrebbe arrossire di essere stato strumento di tante nequizie: e tenendosi estraneo agli eccessi delle passioni avrebbe traversato i secoli esente da ogni maledizione. E quando dico arrossire non esagero, non uso iperbole. Oh! quante volte lo scalpello dello scultore coprì di infamia la scure del Magistrato, quando sul luogo del supplizio elevò monumenti e statue alla vittima di quella che a suo tempo erasi chiamata giustizia. Il patibolo fu scala per molti al tempio della gloria ed alla immortalità: e non havvi città dove una tela, un bronzo od un marmo non sia ricordo di imprecazione contro una nemesi feroce che ubriacò se stessa ed eterizzò i popoli col prestigio della *difesa sociale*. Ad impedire che le generazioni future si trovino nuovamente esposte a simili pervertimenti di idee; a mantener saldo il progresso che ha raggiunto la scienza del diritto penale sicchè non possa tornare ad essere un'arme desolatrice dell'umanità; bisogna schiacciare il capo della nefasta Sirena ed assidere la ragione punitiva sul suo vero fondamento della *difesa del diritto*. Il diritto individuale di ogni uomo, dono eterno di Dio ed a tutti ugualmente fornito, è una verità assoluta ed indefettibile: non vi è bisogno di attribuire una vita autogenia ad un fantasma ideale per farne un Saturno. La autorità sociale vi è, vi deve essere, perchè è necessaria ministra della tutela del diritto

individuale. Questa è la sua sola ragione di essere; questa sola e nessun'altra. Questa è che a lei pone in mano il magistero penale: e di tale magistero essa usa legittimamente finchè lo subordina alle necessità della tutela giuridica: quando varca questo confine, e per servire alle sue passioni o alle sue paure adopera quel magistero per rovesciare il trono del diritto, unica e suprema sovranità indefettibile sulla terra, essa abusa di quel magistero: non più punisce ma violenta; non più colpisce un delitto ma lo commette.

OSSERVAZIONE II.

Si dimostra che il legislatore nel comporre le sue *leggi proibitive* deve sempre scegliere il modo più facile e piano ed accessibile a tutti, perchè le medesime sono primariamente e principalmente dirette al popolo, il quale ha bisogno di trovarvi chiara la norma della propria condotta; al che non supplisce la sapienza maggiore o minore dei giudici che dovranno applicarle, o il rito o la formola col quale verranno eventualmente applicate.

Il Codice per i Giurati.

L'illustre Consigliere Paoli ha gettato un pomo nell'arena dei giuristi, pubblicando nel Giornale *Le Leggi* di Genova un articolo (dottissimo e profondo come ogni lavoro di quell'esimio Giureconsulto) diretto a guardare in viso una sentenza che sembra oggi divenuta proverbiale appo alcuni in alte regioni, vale a dire la sentenza che il nuovo codice penale da darsi all'Italia non debba essere quale lo chiederebbe la scienza se fosse destinato ad eseguirsi da Magistrati, ma *un codice di forma speciale adattato* (come suol dirsi) *ai Giurati.*

Il dotto Consigliere ha preso ad impugnare in quel suo articolo tale opinione: nè io intendo oggi discutere a fondo la opinione stessa, della quale dirò soltanto che quante volte da parecchi anni la udii ripetere, e quante volte seriamente la meditai, mi apparve sempre nel *modo generale ed assoluto col quale si spende*, falsa, falsissima. Bensì esterno un desiderio; e sarebbe quello che questa formula si concretasse così da coloro che la pongono innanzi come da coloro che la combattono, in guisa che ci potessimo intendere così per parte di chi la sostiene, come per parte di chi la combatte.

Sarà in me ottusità di mente, e franco confesso questo difetto mio; spesso mi avviene di udire o leggere disputazioni acerbamente pugnate in materia giuridica, ed uscirne con la testa confusa senza sapere a quale opinione determinarmi, per la sola ragione che *non ho capito l'ultimo concetto pratico* di quelle respettive opinioni: ed anzi da quelle stesse disputazioni sono venuto a sospettare che la formula controversa si concepisse diversamente dai diversi contendenti. Sarà, lo ripeto, durezza del mio intelletto: ma egli è così; e quando io non ho capito una cosa non son solito avvolgermi in arcane parole per far le viste di aver capito. Sarà cortezza di mente, ma prima di determinarmi definitivamente sopra una formula ho bisogno di comprendere il principio di ragione al quale la medesima s'inspira, ed a qual fine pratico la medesima si dirige.

Questo fine io credetti un tempo averlo capito sulle labbra di chi propugnava in modo diafano quella sentenza; e credetti averla capita sulle labbra dell'esimio Consigliere Paoli pel modo col quale la combatteva. Ma voltomi poscia a continuare il mio studio su diversi giornali Italiani, che ad occasione dello scritto del Paoli hanno in uno od in altro senso raccolto quel guanto, mi si è tornata ad ottenebrare la mente; ed ho dimandato a me stesso se veramente eravamo sicuri d'intenderci sul concetto pratico di quella pretesa regola che un Codice fatto pei Magistrati non sia buono per i Giurati; e che per i Giurati occorra un Codice speciale fatto appositamente per loro. E poichè oggigiorno la giurìa è l'argomento più palpitante che preoccupi i pensatori Italiani, ed è bene a prevedersi che gettato il guanto novelli atleti si presenteranno allo agone, ho voluto accennare questi miei dubbi affinchè nel proseguimento di questa disputa si possa meglio chiarire ciò che s'intende e ciò che si vuole.

1° Osservo innanzi tutto che in tale questione si è intruso un argomento preambulo che veramente non attiene alla questione. Avvi chi non ama il sistema della giurìa e lo considera come un tentativo che sarebbe di breve durata, e di qui traggono motivo per concluderne non doversi nel nuovo Codice pensare ai Giurati per non esporci al pericolo

di doverlo annullare e farne uno nuovo fra breve tempo. Ma vi sono al contrario parecchi entusiasti della giurìa che la considerano come lo avvenire naturale e duraturo della giustizia, e vi scorgono l'ultimo svolgimento della civiltà: ed è logico che per costoro non abbia sussistenza quel primo obietto elevato contro la formola della quale si disputa. Tale obietto od argomento è dunque incerto nella sua base, di quella incertezza che i pratici chiamavano difetto in *substantia probationis:* e incerto davvero poichè dipende da un vaticinio. Durerà o non durerà in Italia il sistema della giurìa?..... Lo indovini chi può. Ad ogni modo la disputa sulla forma della codicizzazione non parmi possa mai venir definita per queste *estrinseche* previsioni. Guardiamola dunque nel suo *intrinseco.*

2° Avvi chi ha detto che i Giurati hanno dovunque una manifesta tendenza ad usare acerbissima severità contro certi delitti, per esempio il *furto:* ed hanno invece altrettanta tendenza ad esser benigni verso altri delitti, per es. l'*omicidio in rissa.*

Io accetto questa osservazione; ed accetto anche le esemplificazioni purchè non si confonda l'*omicidio per impeto di passione* con l'*assassinio*, rispetto al quale essa sarebbe assolutamente falsa.

Da tale osservazione se ne è voluto trarre un argomento per concludere che i redattori del nuovo codice debbono avere un riguardo ai *pronunciati della giurìa nel determinare le pene.*

Ecco concretato un obiettivo della formula controversa. Qui dunque ci saremo noi intesi sul concetto del disputabile? Ohibò: disinganniamoci. Siamo sempre agli antipodi.

Io sono tra coloro che tengono per fede vivissima e come credenza cardinale scientifica che le pene debbono essere *simpatiche.* Ho sempre professato e sostenuto questa religione giuridica. La giustizia penale si amministra per servizio dei consociati e non per servizio del Governo. Una pena *antipatica al popolo*, una pena che ecciti repugnanza nell'animo dei consociati, è una flagrante ingiustizia, una vera iniquità, una vendetta, un martirio. E quella pena presenterà il condannato alla reminiscenza del popolo come un

martire e non come un scellerato. E quella pena demoralizzerà il popolo abituandolo alla vendetta per crudeltà. E quella pena renderà odiosi gli agenti della giustizia; e intralcerà tutti i movimenti di loro e di lei, spingendo anche gli onesti ad usare come buono ogni modo che valga ad eluderne gli effetti. E così oltre ad essere ingiusta sarà impolitica. Così io intendo il diritto di punire; e tale (lo ripeto) è la mia fede giuridica.

In siffatta credenza io dunque pienamente vado d'accordo che il legislatore debba *studiare* i Giurati nel senso di pigliarli come *maestri* a lui e rivelatori della pubblica opinione in ordine alle *specie* e *quantità* delle pene. Ma questo è studio e lavoro da non farsi dopo pochi anni di prova. E quando si faccia dopo matura prova, è da farsi nel senso razionale per modulare le pene sullo stato della pubblica opinione e non già per imporre al popolo tirannicamente una giustizia penale che sia a dispetto del popolo. E così la penso.

Ma ho detto che siamo agli antipodi nelle deduzioni che si fanno da quella osservazione di fatto. E di vero, leggo (e non nascondo la mia sorpresa) che da siffatta osservazione se ne è voluta trarre una conclusione opposta. *Vedi giudizio uman come spesso erra!* Si è detto che i giudici popolari *mostrandosi troppo severi contro i furti* il legislatore *deve adattare il suo Codice ai Giurati* dettando *pene più miti* contro *i furti*, e mostrandosi i Giurati *benigni verso i micidiali deve adattare il suo Codice ai Giurati* col minacciare pene più *severe* contro gli *omicidii*.

Francamente confesso che non mi aspettava questa deduzione, e che la mia coscienza giuridica non saprà mai accettarla. *Etiamsi omnes ego non.*

Tutta la divergenza dipende da determinare se si punisce per servizio di un Re e di un Governo, o per ossequio al diritto per la difesa dei consociati, e per ristabilire la opinione della pubblica sicurezza. In certi delitti direttamente politici potrà essere il primo il vero fine (e forse unico) della pena; ma negli altri tutti è il secondo. E quando una data incriminazione o una data forma di penalità repugna al senno ed al cuore della maggioranza dei cittadini è una

farisaica menzogna lo andare iattando di farsi interpreti dei loro desiderii con un modo di giustizia che da loro si maledice ed al quale essi fanno e faranno guerra costante. Nella qual guerra la vittoria della forza che prepotente si impone, sarà vittoria di un giorno, perchè la pubblica opinione è torrente che tutto presto o tardi trascina.

Ma ad ogni modo io rientro nei miei primi dubbi restrittivamente alla controversia attuale.

Ho detto dubitare che non ancora ci intendiamo sulla formula del Codice giuratesco: e ne ho dato la prima dimostrazione.

L'influsso dei Giurati sul Codice vuole sostenersi nel rapporto delle *pene?* Mettiamoci prima d'accordo per decidere in qual senso dovrà dal legislatore tenersi conto di questo influsso. Quando i Giurati mostrano poco sdegno e poca antipatia verso un dato delitto si dovrà egli questo delitto punir *meno* o punir *più?* Quando avete stabilito un influsso non avete ancor detto che una parola diafana finchè non avete stabilito la direzione nella quale deve agire siffatto influsso.

E qui guardatevi dal solito peccato umano di anteporre lo *io* al pubblico. E ricordatevi che se quando i Giurati non *vogliono punire* certi fatti voi ne aumentate la pena, i Giurati puniranno meno che mai.

Del resto se si osservò in Francia da Karr che i Giurati proprietarii o mercanti sono inesorabili contro i furti; e se le fantasie di un romanziere devono essere il voto di Minerva nell'aula legislativa, poco vi vuole a prevenire cotesto pericolo, accordando anco alla Corte (come mi parrebbe giustizia) la facoltà delle attenuanti.

Ma io impugno la suddetta opinione alla sua radice. Le leggi non sono buone se non rispondono ai costumi, ai bisogni, ed ai desiderii del popolo che deve governarsi secondo loro; e il principale dovere di ogni legislatore è di portare i suoi studi su questo terreno, e fare a sè stesso una legge di quella che sarebbe legge consuetudinaria se il popolo venisse a darsela da sè medesimo. Ora il lato più bello della giurìa è precisamente cotesto: che i più intelligenti fra i cittadini con l'organo dell'autorità giudiciaria mani-

festino al legislatore i costumi, i bisogni ed i desiderii del popolo. Coloro per tanto che vengano a dare questo inaudito suggerimento doversi accrescere la severità delle pene dove i Giurati hanno ripugnanza a punire, ed introdurre benignità dove i medesimi esprimono bramosìa di rigore, non comprendono il concetto fondamentale della istituzione; e cadono in un vero assurdo, falsandone da capo a fondo lo spirito: del quale spirito la esatta osservanza fu appunto quella che rese così grande la giurìa in Inghilterra e la rese l'idolo di quelle popolazioni: mentre ove al medesimo si avversi, la giurìa isterilita ed atrofizzata morrà. Siffatto errore è conseguenza del precetto barbaro che le leggi penali siano fatte a tutela dei governi e non a tutela dei cittadini. Ma tale preconcetto se fu dominante ai giorni di Caligola e di Arcadio non è accettabile dalla odierna civiltà.

Tutte le cose vogliono essere adoperate secondo la loro natura e destinazione. O non bisogna accettarle, o bisogna usarne secondo natura loro. Che direbbesi di colui che afflitto da febbre facesse un'applicazione esterna del chinino, e poi andasse gridando che il chinino non è buono a niente! Questo precisamente è il vizio di coloro che riconoscono la giustizia popolare, ma poi vorrebbero che i giudici popolari amministrassero giustizia a gradimento della autorità.

3° Nel pensiero di altri la *deferenza ai Giurati* è doverosa pei compilatori di un codice penale, non in riguardo alla *misura delle penalità*, ma in riguardo alla esatta delimitazione delle *questioni di fatto* dalle *questioni di diritto:* ed eccomi anche una volta condotto nello indefinito.

Le questioni di *diritto* dalle questioni di *fatto* è interessantissimo che si delimitino nel giure penale, non solo per circoscrivere la competenza della giurìa, ma anche per circoscrivere la competenza della *Corte di Cassazione*. Infatti come è incompetente la giurìa a conoscere del *diritto,* così è incompetente la *Corte di Cassazione* a conoscere del *fatto*. Dunque tale delimitazione non è un *quid novi* del quale sorga il bisogno soltanto dalla istituzione dei Giurati. Essa è necessaria tanto in un Codice fatto pei Magistrati, quanto nell'altro.

Io non capisco dunque come si possa dire che il Codice pei Giurati ha *bisogno* di studi e forme speciali per la necessità di *separare la questione di diritto dalla questione di fatto*, quando simile necessità esistette pur sempre anche prima dello stabilimento della giurìa.

E quello poi che niente affatto capisco si è come la separazione del *fatto* dal *diritto* dipenda dal *codice penale*, anzichè dal codice di *procedura* penale. Definite con quali arti meglio vi piace il falso nummario, sempre la sua nozione avrà per implicito necessario un concetto giuridico ed un concetto di fatto: il concetto giuridico per sapere quali condizioni occorrono affinchè un pezzo di metallo sia una *moneta:* il concetto di fatto per sapere se il pezzo di metallo speso da Caio presentasse o no quelle *condizioni*. E ripeto che non giungo a comprendere nettamente come possa il codice penale prevenire i dubbi eventualmente emergenti su quella delimitazione.

Finchè mi dite che il codice di *procedura* debba usare grande accorgimento nel tracciare le linee di questa sconfinazione, io lo capisco benissimo. E meglio lo intendo se mi chiamate a studiare il metodo di formulare le questioni per tal guisa che i Giurati non debbano emettere alcun pronunciato sulle condizioni *giuridiche* di un fatto, ma soltanto sulle condizioni *materiali*; sicchè debbano (a modo di esempio) rispondere non già se vi fu *scasso*, ma se il serrame era *solido* e se fu *rotto* violentemente, e simili. Ma come ciò possa ottenersi dal codice penale io non lo capisco; e quando voi lo dite, vi faccio reverenza, ma siete sempre per me nelle nuvole.

4° Altri ha creduto di trovare una dimostrazione perentoria della asserta necessità di un Codice pei Giurati nella divergenza che corre intorno a certi vocaboli fra il *linguaggio popolare*, e il linguaggio dei *giuristi:* e di ciò si è dato un esempio nella parola *calunnia*. Verissima in astratto questa divergenza, essa deriva da ciò che il volgo si dà spesso ad attribuire ad un *genere* il nome che i codici penali adoperano per determinare una *specie* delittuosa. Così la *calunnia* del volgo si estrinseca in qualsivoglia *imputazione falsa;* per il giurista bastardo si estrinseca in una

imputazione scritta quantunque *vera:* per il giurista classico si estrinseca in una imputazione presentata ad un *ufficiale* per fine di *accusa.* Ugualmente la parola *frode* designa al pensiero del volgo un genere indicativo di qualsiasi inganno; mentre per certi codici indica alcune forme speciali di macchinazioni in danno della *crumena* altrui. Così il *ruffiano* del volgo è un genere che nei codici penali restringesi a certe *speciali condizioni* di ausilio prestato agli altrui desiderii carnali. Così se un ricco dissoluto condusse al male una zitella con la offerta di diecimila franchi, il volgo dirà essere stata questa una *seduzione straordinaria:* ma il giurista non vi troverà la *seduzione straordinaria* che qualifica lo stupro, pensando che la legge non deve dare la sua protezione alla femmina che vende per denaro la sua pudicizia. Così il bottegaio che vende undici once di mercanzia per dodici, nell'idioma del volgo è un *ladro,* ma non è reo di furto per il giurista perchè gli manca la *contrettazione invito domino.* Non è nè contrastabile nè infrequente siffatta differenziale; ed a questa sarà sempre bene che avverta il legislatore nel linguaggio che elegge; e vi avverta non per uno speciale riguardo *ai Giurati,* ma per amore della semplicità e chiarezza del *tecnicismo scientifico;* e per lo interesse di *tutti i cittadini:* avvegnachè (sarà forse ancor questo un mio torto pensiero) io tengo per fermo che ogni onesto cittadino abbia il *diritto* (dico *diritto,* e non ritiro la parola) di leggere il codice penale per trovarvi le regole della propria condotta; e penso che violi questo *diritto* il legislatore che imitando Caligola fa leggi che non si intendono.

Ma non capisco cosa abbia che fare questa osservazione, per quanto giustissima *in fatto,* col così detto *Codice dei Giurati.* E che forse si coltiva ancora la idea bislacca che il giurato debba dichiarare se Tizio è colpevole di *furto* o di *lenocinio* o di *frode* o di *calunnia!* Sarebbe tempo di finirla con questi Francesismi, e di costituire la giurìa nel sereno ambiente del suo genuino concetto. Interrogate i Giurati sul *fatto,* e lasciate le anfibologie. Interrogateli se siano convinti che Tizio abbia portato la

mano nella mia tasca e vi abbia preso la mia tabacchiera con intenzione di appropriarsela.

E poi lasciate ai giudici del *diritto* la cura di cercare nella scienza o nel Codice il *nome* giuridico di quel fatto e la sua *pena*. E se farete così vi accorgerete che è *indifferente* (proprio indifferente) ai Giurati che voi legislatori abbiate dato a quel fatto criminoso il nome di Amalasunta o di Perizonio. I Giurati non debbono saper niente di questo nome. Debbono saper essi, come debbono saperlo tutti i cittadini, quale è il *fatto* che è *vietato* dalla legge. Ed in questo senso trovo giustissima la osservazione testè fatta da un mio dotto collega che primo svolgimento del pensiero di fare un codice speciale *ad usum juratorum* dovrebbe essere la abolizione perpetua della esosa ed insulsa divisione dei reati in *crimini* e *delitti*.

Il Codice utilissimo a farsi, avuto riguardo alla istituzione dei Giurati nell'attuale sistema di *questioni*, sarebbe (se fosse possibile) un codice ufficiale delle *questioni*. Ma questo non sarebbe un *codice penale* pei Giurati, ma un *codice procedurale* pei signori Presidenti. Il quale dovrebbe servire ad impedir loro di tender tranelli nelle questioni presentate ai Giurati: dovrebbe impedir loro di creare con definizioni cerebrine delitti incogniti al codice vegliante: impedir loro di postillare il codice: impedir loro di sovraimporre alle scuse ammesse dalla legge condizioni e limiti di loro invenzione. Questo sì che sarebbe utilissimo, e risparmierebbe molti ricorsi in Cassazione; e molte fatiche a quella dottissima Corte; e molti scorni alla giustizia. Ma questo sarebbe un ordinamento *procedurale*, interamente estraneo al *codice penale;* il quale per effetto di questo lavoro non avrebbe bisogno di esser mutato in un atomo.

Sarebbe peraltro opera inutile quanto difficile ideare una *istruttoria ufficiale* delle questioni da proporsi ai Giurati. Ogni pericolo ed ogni perplessità sparirebbe per questo lato tostochè si correggesse il viziosissimo sistema introdotto fra noi; abbandonando le *finzioni* e le *perifrasi*, e riconducendo la operazione dei Giurati allo stato di verità. Il vizio nostro consiste tutto nel volere interrogare sul fatto ridotto alla *formula legislativa*, lo che inevitabilmente conduce il

giurato a fare un ragionamento giuridico. Interrogatelo invece sul *fatto concreto* come si suppone dall'accusa. Giudichi poi la Corte se quel *fatto concreto* rientri o no nella *formula legislativa*. Ecco ridotta al suo genuino concetto la giurìa, e dileguati tutti i pericoli desunti dalla sua *ignoranza delle dottrine legali*. Pare impossibile che non si voglia intendere una cosa tanto semplice e tanto sicura.

In questo senso è manifesto che la idea del codice speciale pei Giurati è radicalmente *prepostera*. Ci si è dato un codice di procedura vizioso, e non si vuol toccare quasi fosse l'arca santa. E per rispettare i vizi di quel procedimento si vuol creare il bisogno fattizio di un codice penale che ripari (cosa impossibile) a quel vizio. Togliete il vizio, ed il bisogno più non esiste.

Io non veggo adunque come possa neppure dalle differenziali che spesso intercedono fra il linguaggio volgare e il linguaggio giuridico ricavarsi un prestigio atto a dar corpo alla idea del codice giuratesco. Dirò di più che sostenendo siffatta causa come determinante la codicizzazione speciale si anderebbe all'assurdo di esigere un codice speciale per ogni provincia d'Italia, a motivo della diversità dei dialetti.

5° Ma queste considerazioni con le quali si è più tardi tentato di combattere la tesi del Consigliere Paoli non sono le vere e genuine idee di coloro che primi misero in campo questa nuova dottrina del codice scientifico e del codice giuratesco. Pare a me che in questa battaglia dai primi combattenti si volesse una cosa, e che poscia i difensori sopraggiunti alla riscossa degli amici abbiano messo innanzi altre cose tutte diverse. Dico questo dubitativamente, perchè torno a confessare che una idea limpida e netta delle condizioni che si desiderano nel così detto Codice dei Giurati io non sono mai giunto a formarmela.

Pare dunque a me che nella sua prima genesi il pensiero della desiderata *forma speciale* avesse per suo oggettivo un tal quale modo tutto pratico e materiale di definire i reati preferito al modo ideale e puramente giuridico: una certa tal quale casuistica, veduta così *inter umbras* come un *desideratum* non bene definito nè concordato da quelli stessi dottissimi e rispettabili Giureconsulti che primi

lanciarono in campo cotesta idea, ed ai quali io professo altissima reverenza quantunque non possa pecorilmente sposarne tutte le opinioni.

A me parve di intenderla così anche perchè vidi che quel pensiero si voleva svolgere con applicazione ai due attuali codici punitivi che si dividono il governo dei Tribunali di Italia: e s'insinua che adatto ai Giurati fosse il codice Sardo; disadatto invece il codice Toscano: insinuazione che peraltro venne ogni giorno vieppiù confutata ed anzi contradetta dalla esperienza.

Intesa così quella formula (e non come sembra volersi intendere dai suoi nuovi patroni) io dirò francamente che ebbi precisamente in animo di combatterla indirettamente quando intrapresi lo studio che venni pubblicando in varii giornali sotto il titolo *delle definizioni pericolose in giure penale;* lavoro che adesso raccolgo (insieme con altri) nel presente volume. Se questo è il vero assunto, il vero concetto, la vera dottrina ieratica di coloro che propugnano la necessità del Codice apposito pei Giurati, io posso dire di aver preso il toro per le corna con quel mio lavoro. Se così non è, ciò vuol dire che non ho capito i miei avversarii, e non sarà questa nè la prima nè la ultima volta.

È egli vero che i Giurati siano meno soggetti ad errare se si espongono loro certi precetti giuridici con referenza ad alcune *subiettività materiali;* e che più facilmente si illudano se si richiamano a certe *obiettività morali o giuridiche?* Io penso tutto l'opposto: e sono fino a gola in simile convinzione, perchè il *raziocinio* mi vi condusse *a priori* e la *esperienza* mi vi confermò *a posteriori.*

Io qui non posso, nè voglio, dettare un trattato di codicizzazione penale. Mi limiterò a chiarire il mio concetto con un esempio.

Parecchi legislatori hanno creduto necessario di definire la teorica della *imputazione* o dei suoi *gradi* con una completa enumerazione di parti: hanno descritto l'errore di diritto e di fatto; la ubriachezza piena o meno piena; la imbecillità, la manìa, il furore, il sordomutismo senza istruzione e con istruzione, e via così discorrendo. E cosa ne avvenne? Dispute fra i Giuristi; dispute fra i psichiatri; incertezza

negli insegnamenti; fluttuanza e contrarietà nelle Giurisprudenze. La storia è là per attestarlo con irrecusabili monumenti.

Il codice Toscano al contrario si è sbarazzato dallo impaccio di tutta questa casuistica. Esso, come l'aquila, fisa il guardo nel sole e cerca la luce nella sua genesi, e ve la cerca senza pericolo perchè la luce del vero non abbarbaglia come la luce fisica. Esso ha ridotto la dottrina della imputabilità ai più semplici termini. Esso ha ricordato che l'uomo è imputabile perchè la *coscienza* illumina il suo intelletto, perchè la *libertà* accompagna le sue determinazioni volitive. Da questo supremo vero ne ha dedotto che un agente di nulla è imputabile se non ebbe *coscienza* della pravità del suo atto, o se non ebbe *libertà* di eleggere nella sua determinazione: ne ha dedotto che l'uomo è *meno imputabile* (quantunque sempre imputabile) quando la sua *coscienza* fu in *parte* illusa e quando la sua *libertà* fu in *parte* menomata. Ed ecco che con i due articoli 34 e 64 ha completato tutta questa teorica intricatissima in altri codici. E che l'abbia completata efficacemente e sufficientemente noi Toscani lo abbiamo veduto e toccato con mano da quasi venti anni a questa parte.

Or bene; torniamo sul nostro tema. Credesi forse che i Giurati non saranno esposti ad allucinazioni quando devono giudicare della ubriachezza piena, dello errore di diritto, della demenza e della monomanìa, o di altri simili stati, configurati e descritti materialmente? Io credo positivamente il contrario; e non posso farmi tranquillo nella certezza della infallibilità dei Giurati intorno a nozioni sulle quali veggo controversia fra i dotti.

Ma quello che io tengo per certo e per positivo si è che il giurato quando sarà chiamato a decidere se l'accusato ebbe o no *coscienza e libertà* non si potrà mai ingannare sul *concetto che medita*, quantunque possa errare nella critica applicativa ai fatti di quel concetto, perchè ciò è inevitabile in ogni umano giudizio. E tengo per positivo che mai il giurato si possa illudere su quel *concetto*, perchè per ammettere la ipotesi di tale illusione bisognerebbe supporre un giurato che non comprendesse cosa è *coscienza* e

cosa è *libertà* umana. Ma allora, se fosse possibile così enorme supposizione, ben altre e più recise ne sarebbero le conseguenze.

Ciò che ho detto in questo esempio cardinale torna a capello ad ogni definizione speciale o di reato o di scusa che bisogni ritrovare in un codice punitivo. Si studino pacatamente ed imparzialmente tutte le possibili applicazioni e si vedrà che gli errori e le discordie dei giudicanti saranno perenni ed inevitabili se sono chiamati a giudicare sul criterio delle materialità, e saranno invece rarissime se il loro giudizio si consegna al filo indefettibile della idea morale e giuridica.

Laonde io niente credo al bisogno di un codice punitivo speciale per i Giurati; ma credo che tanto per i Giurati quanto per i Magistrati il codice migliore sia quello che più si distacca dalla casuistica e dal formulismo; e che più si solleva dalle subiettività materiali.

OSSERVAZIONE III.

Si dimostra come il legislatore penale debba prendere i criterii delle sue definizioni ora dalla *soggettività morale* del malefizio ed ora dalla sua *oggettività giuridica*, secondochè il fine della disposizione che detta è quello di circoscrivere una *degradante*, oppure quello di circoscrivere la *nozione* di un reato e delle sue aggravanti: mai fermarsi a certe *materialità esteriori*, le quali *in loro stesse* non hanno ragione determinante immediata.

Criterii prossimi delle definizioni.

Il legislatore penale quando dà opera alle particolari definizioni che svolgono i singoli suoi precetti bisogna (se non vuole procedere alla ventura ed in modo incoerente) che determini e prestabilisca a sè medesimo quali saranno *gli elementi* dai quali dovrà desumere i suoi particolari dettagli, e le nozioni che ne esprimeranno i concetti. Prenderà egli a guida l'elemento *soggettivo*, oppure l'elemento *oggettivo?* Prenderà a guida l'elemento *morale*, oppure l'elemento *materiale?* Questo è indispensabile che egli imponga a sè medesimo come norma preliminare del suo lavoro. Ma nella decisione di questo cardine, che avrà il massimo influsso da capo a fondo sul codice penale che egli va a comporre, è necessità che egli proceda con distinzione dei casi; dividendo in due serie le proprie definizioni, ed assegnando a ciascuna delle due i convenienti respettivi criterii.

Bisogna che egli distingua le definizioni dei *reati* nello stato loro *ordinario* (vale a dire le speciali nozioni che verranno ad esprimere la *qualità* e *quantità* respettiva di ciascuno malefizio) dalle scuse o *degradanti* che egli eventualmente vorrà ammettere nei diversi reati per raggiun-

gere lo effetto che la condizione ordinaria di uno o di un altro delitto si riconosca (come comanda giustizia) modificata in certe *individualità criminose;* e ne venga a discendere sotto la misura ordinaria la relativa imputazione. Questa distinzione di casi è una necessità impreteribile della dottrina ontologica, la sola esatta nel giure penale; e che, dopo la distinzione fra *imputazione* e *pena,* ha per suo cardine fondamentale la distinzione fra *qualità* e *grado* del malefizio. Senza avere dinanzi agli occhi costantemente questa distinzione come guida di ogni suo passo il cattedratico cadrà frequentemente in errori gravissimi, ed il legislatore farà una opera perplessa, confusa, generatrice di continue oscillazioni ed equivoci e pericoli senza fine. Ora è manifesto che diversi devono essere i criterii che piglia a guida il legislatore nello esprimere i suoi precetti relativi alle *nozioni ordinarie* (ossia *qualità* e *quantità*) dei singoli reati; e diversi i criterii che piglierà a guida nel descrivere le singole *degradanti* dei malefizi. Nella prima parte del suo lavoro egli deve tener dietro alle forze oggettive del reato; nella seconda parte egli deve tener dietro alle forze soggettive; e così il suo linguaggio e le formule che sceglie ad esprimere le proprie volontà, dovranno secondo la varietà di quelle due contemplazioni variare eziandio nelle respettive norme. Questa verità è facile a comprendersi, e facilissima a dimostrarsi, quando si riconosca che ogni ordine ha bisogno (perchè sia compreso) di una estrinsecazione la quale abbia referenza alla *causa* dell'ordinare.

1°. La ragione del *divieto* di certe azioni e della dichiarazione della respettiva imputabilità sta unicamente nel bisogno di *tutelare il diritto* da tali azioni aggredito o violato. In ciò consiste la forza *oggettiva* di ogni malefizio. Dunque poichè sono largamente varii e differenziati fra loro i diritti aggredibili delle umane azioni, così deve variare per effetto di tale differenza la *qualità* dei diversi malefizi. Dunque le *nozioni* legislative che hanno per scopo di delimitare *qualità da qualità,* onde poscia attribuire a ciascun fatto la debita quantità criminosa, bisogna che procedano sulla ispezione delle relative *obiettività giuridiche:* e le parole che esprimeranno nel codice le idee del legislatore su questo

campo dovranno per logica necessità referirsi al cardine di quelle idee. È contradittorio che una proposizione diretta ad esprimere un pensiero si verghi con parole le quali si ispirino ad un altro pensiero che non sempre è conforme a quello. Dunque tutti quei dettati che si occupano di definire le nozioni dei singoli reati nel loro stato ordinario devono esprimersi con parole e formule desunte dalla forza *oggettiva* di ogni malefizio. È vizioso e pieno di pericoli cercare le definizioni degli speciali reati nelle loro forze *soggettive*. Esemplifichiamolo.

Le offese recate al diritto della integrità personale si espressero con definizione *soggettiva* da quei legislatori che dissero doversi punire chi avesse *portato dei colpi*. E di qui due conseguenze sinistre. L'una che si disputasse senza fine per decidere quali sono gli atti che costituiscono colpi l'altra che rimanesse dubbia la punibilità di certi fatti lesivi della integrità personale perchè non cagionati col *mezzo di colpi*. Al contrario quelle offese espressero con definizione puramente *oggettiva* i legislatori che dissero doversi punire qualunque *lesione personale*, senza niente occuparsi del *mezzo* che l'aveva prodotta, purchè informato dalla condizione generale della imputabilità, vale a dire il dolo o la colpa. Questa definizione *oggettiva* non lascia timori di perplessità o di lacune. E difatti con quel divieto non si mira già a prevenire precisamente certi moti della mano: si mira bensì a proteggere il diritto della umana personalità. Dunque, sia qual vuolsi il modo col quale la umana personalità si è colpevolmente offesa, il delitto esiste. E il bisogno della tutela giuridica esige che il delitto si esprima con termini atti a comprendere tutte le forme *soggettive* che per qualsivoglia modo, anche inescogitato fin qui, sieno state produttive di consimili offese.

Ugualmente nel proteggere la pubblica fede rappresentata dai documenti scritti predilessero la formula *soggettiva* quei legislatori che andarono cercando la loro definizione nella *cancellazione*, nella *rasura*, nella *lacerazione*, od altre simili forme soggettive, le quali non è possibile che evitino il pericolo di una incompleta enumerazione; e così il pericolo di lacune e perplessità nella giurisprudenza. Si appi-

gliarono invece alla definizione *oggettiva* quei legislatori che a buona ragione stimarono essersi completamente definito il falso documentale col dichiararne il concorso *in ogni alterazione o soppressione dal vero*, o fabbricazione del falso in una scrittura. E bastino per ora questi esempi a chiarire il concetto mio.

2°. All'opposto le ragioni per le quali il concetto di certe circostanze *degrada* al disotto della misura ordinaria la imputazione di uno o di altro reato, tutte risiedono sempre in un *meno* delle forze *soggettive* concorse in quella individualità criminosa. Dunque la definizione delle degradanti deve avere per suo tipo il concetto soggettivo, perchè bisogna che risponda la *espressione* del precetto alla *causa* giuridica del precetto stesso. E come errarono quei legislatori che cercarono nei criterii soggettivi i termini per definire le diverse *qualità* dei singoli reati, così errarono i legislatori che per definire le *degradanti* abbandonarono la guida sicura dei criterii *soggettivi* per correre dietro a certe esteriorità, nelle quali non era la *prossima e fondamentale ragione* di degradare, ma potevano soltanto fornirne accidentalmente una od altra occasione. Se la ragione di degradare sta in un *meno* che io abbia fatto, od in un *meno* che si riscontri nella mia coscienza, o nella mia libertà volitiva, è ben naturale e logico che la definizione della degradante tragga appunto da quel *meno* il proprio concetto.

Ma poichè due sono le forze *soggettive* di ogni malefizio; ed ogni giudicabile può alternamente nella propria colpa offrire *un meno* nell'una o nell'altra di quelle due forze; forza *soggettiva morale* (libertà e coscienza), e forza *soggettiva fisica* (atti esecutivi); così questo precetto si bipartisce. Il legislatore deve sempre definire la degradante dalla norma del meno che prevede nella forza soggettiva di una od altra individualità criminosa. Ma quando questo *meno* desume dalla forza fisica (conato e complicità) deve usare preferenza nelle proprie espressioni alla forza fisica. E quando o ravvisa nella soggettività morale (coazione, giusto sdegno, errore, alterazione mentale, o simili) deve esprimerlo con referenza strettamente limitata alla indicazione di quel *meno*. Esemplifichiamolo.

Non si tennero obbedienti al criterio *soggettivo fisico* coloro ai quali piacque definire il conato con la formula, *tutto ciò che manca alla consumazione del delitto;* nè coloro cui piacque dirlo *la volontà di delinquere non susseguita dall'effetto voluto.* Ed in queste ed altre simili definizioni mancò la indicazione di ciò che appunto era *costituente* della *punibilità* del conato. Laddove corsero invece nella buona via quei legislatori che dissero costituirsi il conato dagli *atti esecutivi della volontà criminosa.* E del pari corsero per la buona via coloro che nel descrivere la degradante del semplice *ausiliatore*, in confronto della imputazione ordinaria dell'autore o del correo, presero a norma la prossimità e la efficacia delle forze fisiche *soggettive* portate dal giudicabile nella sua partecipazione al reato.

Più chiaramente ancora, deviarono dal vero criterio quei legislatori che per definire certe degradanti della forza morale soggettiva desunsero i loro criterii da una od altra *materialità esteriore* che poteva dare *occasione* ad una perturbazione dello intelletto o della coscienza dello agente, anzichè cercarle direttamente *nello stato di animo* dello agente, nel quale stava la unica *causa* giuridica del degradare la imputazione, e la vera *costituente* della degradabilità. Di qui inevitabili lacune ed infinite perplessità per il variare di una od altra di quelle *materialità criminose.* Conseguenza perniciosissima alla giustizia pratica. Ma in consimile errore non cadde il legislatore Toscano, il quale nel descrivere la degradante della forza morale soggettiva andò alla radice, e formulò un assoluto; dicendo che vi era degradante della soggettività morale dovunque fosse *minorata la coscienza dei propri atti, o la libertà di elezione* nel giudicabile. Sieno pure quanto si vuole variate ed imprevedute le materialità esteriori che condussero il giudicabile a quello stato *di animo eccezionale:* il legislatore si è fatto perpetuamente certo che la sua volontà non sarà mai resa inerte dalle pastoie di parole incomplete o perplesse; si è fatto certo che ogni uomo, anche il meno erudito, comprenderà il suo concetto ed il fine a cui tende e la verità di giustizia che egli intese proclamare, purchè sappia (e chi può ignorarlo, tranne un fanciullo od uno stupido?)

cosa è libertà umana e coscienza: si è fatto certo che la giustizia distributiva verrà sempre religiosamente osservata.

Bastino per ora queste esemplificazioni per chiarire il precetto metodico che io sostengo nel suo punto di vista generale. La costante sua verità verrà sempre meglio a dimostrarsi con le seguenti osservazioni.

Nè questo precetto si addimostra vero soltanto come norma del legislatore: il concetto al quale esso s'informa è vero anche come norma del giurista nello interpretare la legge costituita. Ed è ben dovere che sia così, perchè la verità, quando è verità, è sempre tale in ogni forma della sua applicazione. Laonde quelli che sono buoni criterii pel legislatore quando tende a manifestare un vero giuridico devono essere buoni criterii anche per l'interprete quando tende a rintracciare il vero giuridico nella legge già scritta.

Sul qual proposito io dirò che inutilmente (a nostro credere) si agitarono i più insigni cultori del giure penale intorno alla ricerca di una regola generale che dirimesse il conflitto fra il metodo d'interpretazione *letterale*, e il metodo della interpretazione *razionale* o *restrittiva* o *estensiva* nella materia del giure punitivo. Alcuni propugnarono con ogni forza la interpretazione letterale come la unica giusta ed adatta esclusivamente a togliere il giure penale da una elasticità e fluttuanza che ripugna alla indole sua: altri con splendidi ragionamenti si fecero a sostenere la interpretazione razionale, come quella che cerca la legge non nelle parole, ma nella mente e nella volontà del legislatore. Ma inutilmente, io dico, si pugnò questa lotta; perchè dall'una e dall'altra banda si mirò a stabilire un precetto *assoluto* in questo argomento nel quale la regola *assoluta* è impossibile. E difatto la pratica (chè quando il senso morale la piglia pei capelli, getta in disparte i canoni e le lucubrazioni dei dotti che sperarono costringerla nel letto di Procuste) dimostrò alternamente accettata nel foro appo tutti i popoli i più avanzati nella sapienza e nella civiltà, ora l'una ora l'altra di tali interpretazioni, secondo che dalle circostanze del caso veniva consigliata. Parve in simile conflitto che un porto sicuro ai giudicanti offerisse la regola salutare, *in dubio pro reo*.

Questo precetto, universalmente ripetuto ed elogiato ma non sempre obbedito, veramente si adagia sopra un principio proclamato contemporaneamente e dalla umanità e dalla giustizia; quello cioè che la innocenza debba essere la regola, e la colpevolezza una eccezione soltanto: laonde ovunque occorra un dubbio, rappresentandosi dal dubbio una mera quantità negativa, rimanga sempre salda la presunzione della innocenza, o nei congrui termini la presunzione della minore colpevolezza, le quali esprimendo un *quid positivo* non possono cedere il campo ad altro che ad un *positivo* contrario: positivo che nel dubbio non è, e che soltanto si estrinseca nella *certezza* dell'opposto a simili presunzioni.

Ma la regola, *in dubio pro reo*, mostra appunto la impossibilità di stabilire la prevalenza *assoluta* del metodo interpretativo *letterale* sopra il *razionale*, o viceversa. E ciò è chiarissimo a chiunque contempli i controversi precetti nel diverso svolgimento delle loro applicazioni.

Infatti chiunque non si appaghi di viaggiare nel campo delle astratte speculazioni, ma scenda, come è dovere, sul terreno dei casi pratici, bisogna che presto si accorga che i due canoni opposti della interpretazione letterale e della razionale, possono entrambi condurre inevitabilmente, a seconda delle diverse configurazioni dei casi, alla opposta durissima conclusione che in dubbio debba decidersi *contra reum*. La qual conclusione non potendo accettarsi da chi per poco siasi purgato dalla ruggine della barbarie, ne consegue per buona logica che il carattere di precetto *assoluto* non possa darsi nè allo insegnamento della interpretazione letterale, nè a quello della interpretazione razionale. E che sia così è facile dimostrarlo.

Due sono le situazioni nelle quali si trova il legislatore quando si accinge a descrivere le condizioni di una nozione giuridica alla quale esso vuole attribuire certi giuridici effetti nello argomento della penalità. L'una è quella in cui versa quando si fa a definire la *criminosità* di un fatto, l'altra è quella in cui versa quando si fa a definire le *scuse* della criminosità. Ora applicate i precetti *assoluti* dei nostri ermeneutici a queste due situazioni opposte, e facilmente vi

accorgerete con quanta fallacia si rimproveri ad uno di quei sistemi la soverchia rigidità; si esalti l'altro per la sua lodevole benignità. Vi accorgerete che l'uno e l'altro di tali metodi riescono alla lor volta traboccanti d'intollerabile rigorismo: e ciò vi farà convinti che nè l'uno nè l'altro possono accettarsi dalla equità del giudice come precetti *assoluti.*

Contempliamo i due sistemi applicandoli ai dettati espressi dal legislatore nel definire la *criminosità* di un fatto. Si presenta un caso *analogo* a quello descritto nel precetto legislativo: è *analogo*, ma non è quello, perchè non ne riproduce tutti i termini e tutte le condizioni: è analogo, e perciò potrà forse affermarsi con sicurezza che se il legislatore vi avesse portato il pensiero, lo avrebbe indubitatamente equiparato al caso da lui descritto, e colpito lo avrebbe con uguale penalità; ma nella lettera non v'è compreso. Lo interprete seguace dello spirito potrà tranquillamente persuadersi che la volontà del legislatore si spinse oltre la lettera; e fermo nel suo sistema d'interpretazione, sarà pur tranquillo irrogando la pena dove la lettera della legge non colpiva il fatto del giudicabile. Ma lo interprete secondo la lettera a buona ragione griderà che questo è un rigore intollerabile o più veramente barbaro: che è una iniquità estendere la lettera chiara della legge immaginando nel legislatore una volontà da lui non espressa: che non avvi delitto *sine lege,* e che per il cittadino la legge è quella che trova scritta nel codice; e che quando egli fece cosa che dal divieto della legge non era *letteralmente* colpita, potè ben avere coscienza di commettere un atto immorale o dannoso; ma non ebbe coscienza di commettere un delitto; e che irrogargli quella pena è un tradimento, una ingiusta sorpresa, non potendo dannarsi alla galera un cittadino per non avere indovinato quell'arcana volontà che il giudice attribuisce al legislatore, quantunque questi non la manifestasse con la parola del suo divieto, nella quale soltanto deve cercare il popolo le norme della propria condotta. Tutto questo dirà il seguace della interpretazione letterale, e ne concluderà che il suo sistema è quello che deve assolutamente preferirsi; facendosi forte sulla regola *in dubio*

pro reo, che questa volta si coordina a quello, e menerà vanto di sostenere il metodo interpretativo più benigno ed umano. Ad esemplificare questa configurazione piacemi ricordare un caso pratico recentissimo. Per l'art. 552 del Codice sardo il crimine di *evirazione* è punito col *maximum* dei lavori pubblici a tempo; e qualora ne sia susseguita la morte dentro i quaranta giorni, è adeguato all'omicidio e punito con le medesime pene; lo che vuol dire che concorrendovi premeditazione può incontrare la pena di morte. Nelle provincie meridionali d'Italia uno scellerato per consumare atroce vendetta sopra un nemico suo si era impadronito della costui persona, e a mezzo dei suoi scherani lo aveva sottoposto all'amputazione dei genitali. L'accusa sosteneva l'applicabilità dell'art. 552, la difesa al contrario opponeva avere la legge parlato tassativamente di *evirazione;* il taglio dei genitali costituire soltanto la *castrazione;* la evirazione risultare unicamente dalla recisione completa di tutti gli organi virili; non essere dunque applicabile quella più severa disposizione: e il sistema defensionale ebbe plauso dalla Corte di Assisie. È evidente che qui trionfò il metodo della interpretazione letterale, e che questo portò risultamenti più miti e più favorevoli all'accusato.

Ora contempliamo la seconda ipotesi. Il legislatore si è fatto a dettare le scuse che varranno a minorare la imputazione o a diminuire la pena nei diversi reati. Esso ha previsto il concorso di certe circostanze che abbiano spinto il giudicabile alla delinquenza; oppure certe condizioni dei risultamenti che modifichino il nocumento risultante dal reato: ed ha descritto simili circostanze attribuendo loro la virtù di far discendere la penalità ai minimi gradi. Si presenta un caso *analogo* a quello descritto nell'articolo che definisce la *scusa*. È *analogo*, ma non è precisamente *quello*. Il seguace della interpretazione *razionale* dimostra ricorrere parità di ragione; dimostra che se il legislatore avesse portato sopra a quello il pensiero, lo avrebbe indubitatamente adeguato nella disposizione escusante; sostiene che il giudice deve guardare oltre la nuda lettera, e obbedendo alla volontà del legislatore, la quale vivifica la parola scritta, deve interpretare estensivamente la legge ed applicare il

benefizio della scusa a quel giudicabile: e ne conclude che il suo sistema d'interpretazione è il più mite e benigno, perchè si appoggia sulla santa regola *in dubio pro reo*. Il seguace della interpretazione letterale questa volta si trova mancato il terreno. Insistendo sulla interpretazione strettamente aderente alla lettera, respingendo ogni estensione di questa per quanto suggerita dalla mente del legislatore e consona allo spirito della legge, egli si trova nelle vie di un rigorismo eccessivo, egli si trova condotto a propugnare la regola *in dubio contra reum*.

Darò un esempio anche di questa seconda configurazione. L'articolo 499 del codice Sardo in tema di ratto e stupro violento accorda una notevole diminuzione di pena se il delitto sia accaduto sopra una *pubblica meretrice:* analoga minorante accorda l'art. 290 del codice Toscano quando tali reati sieno caduti sopra una *meretrice*. Nasce dubbio sulla interpretazione della parola *meretrice* del codice Toscano e sulla formula — *pubblica meretrice* — del codice Sardo. La legge di polizia imponendo che alle meretrici si dia la patente onde sottoporle al relativo regime salutare e disciplinare, l'interprete aderente al sistema della lettera sostiene che quella scusa è applicabile soltanto ai fatti caduti sopra femmina iscritta nell'albo edilizio: il seguace della interpretazione razionale non vuol fare ossequio al rigore della lettera e dove incontra una femmina che risulti solita a far copia promiscuamente del proprio corpo per mercede, insegna doversi concedere l'attenuante; e la giurisprudenza Toscana ha seguitato in parecchi casi questa più larga interpretazione. Ecco la interpretazione razionale ed estensiva divenuta benigna. Ma se si trattasse invece d'infliggere una delle pene sanzionate dai regolamenti di polizia contro le meretrici che cadono in certe trasgressioni, credete voi che sotto la parola meretrice si potessero richiamare anche le non patentate? Ove ciò si facesse, la interpretazione letterale diverrebbe alla sua volta benigna; e sarebbe crudele, esorbitante ed ingiusta la razionale.

Non è dunque possibile (ritorno alla mia prima proposizione) dettare come *assoluta* la regola o della interpretazione letterale o della interpretazione razionale, sia dessa

restrittiva od estensiva; poichè sì l'una che l'altra nel variare delle situazioni si trovano in urto con la equità, e conducono all'eccesso di conculcare la regola apodittica — *in dubio pro reo.*

Premesse queste generalità vengo adesso all'argomento del mio discorso, il quale non si limita al caso *semplice;* ma si spinge alla contemplazione del caso *complesso*, nel quale cresce la perplessità delle definizioni e delle interpretazioni che io qui prendo a considerare in alcune delle molte loro esemplificazioni.

Il caso è *semplice* quando la definizione che vuolsi interpretare trova il suo obiettivo in un solo giudicabile, a riguardo del quale si cerchi se si debba o no dichiararsi concorrere la circostanza definita dalla legge, o come costituente un dato titolo di malefizio, o come costituente una data qualifica o una data scusa. Allora si va nel certo in rapporto al fine ed alle conseguenze della interpretazione; e si può con sicurezza affermare che interpretando in una guisa saremo rigorosi, ed interpretando in un'altra saremo benigni.

Non così nel caso che io chiamo *complesso:* e questo si avvera quando stanno a fronte due giudicabili l'un contro l'altro armati di opposte argomentazioni, e quando (l'una o l'altra interpretazione che si voglia scegliere) sempre ne avviene necessariamente che si migliori la situazione di uno degli accusati, e contemporaneamente si deteriori di assai la condizione dell'altro. Allora la regola *in dubio pro reo* sembra lasciarci deserti.

Se pertanto grandissime sono le difficoltà nelle quali versa l'interprete che voglia seguire regole generali di ermeneutica nella interpretazione di leggi penali: e se con tutta probabilità egli può trovarsi spesso ad inevitabili contradizioni; se ne accresce da questa il debito maggiore del legislatore di studiare ogni modo onde risparmiare la opera dello interprete mercè la chiarezza dei propri dettati, e col tenere sempre fiso lo sguardo nei criterii razionali dei medesimi, onde dare a quelli una forma che riveli la causa del dettato nel criterio che la determina.

OSSERVAZIONE IV.

Si dimostra che quando la ragione giuridica di una scusa ha il suo fondamento nello *stato dell'intelletto* o nello *stato della volontà* dell'agente, deve il legislatore descriverla con termini che designino quello *stato* anzichè farla dipendere da certe materialità eventuali ed inconcludenti.

---

§ 1. — Scalamento.

Il codice Sardo all'art. 619 definisce la *scalata* consistere nel superare con qualsivoglia mezzo un recinto che abbia *un'altezza non minore di metri due.*

Questa definizione apparisce di una chiarezza e di una positività matematica. Un centimetro che manchi all'altezza del recinto varcato basta ad escludere la qualifica del furto. Analoghe e di uguale precisione sono le disposizioni del codice penale Toscano; e finchè, così in faccia all'uno come in faccia all'altro, si presenta nel caso *semplice,* non vi sono difficoltà d'interpretazione in questi articoli sotto il punto di vista della misura.

Ma portate il pensiero sopra il caso *complesso,* ed ecco la perplessità sorgere a turbare la mente.

L'art. 560 n. 1 del codice Sardo dispone non essere reato l'omicidio commesso — ivi — *nell' atto di respingere di notte tempo la scalata di recinti abitati o dipendenti da luogo abitato.*

Or bene: la *scalata* della quale parla all'art. 560 è dessa la identica *scalata* che definisce l'art. 619? Affacciamoci ad un caso pratico, e vediamo la importanza di tal quesito.

Desto improvvisamente dal sonno, ad insolito rumore nel più fitto della notte, io corro al balcone. Una scala è appoggiata al muro della mia chiostra. Due ladri salgono su per quella scala, e l'uno di essi già sta per varcare il muro ed introdursi nella dipendenza del mio domicilio. Dò di piglio al mio archibugio; lo esplodo contro quell'invasore, e lo uccido. I vicini accorrono, inseguono il ladro superstite, lo ghermiscono, ed è consegnato alla pubblica forza.

Eccoci entrambo tradotti in giustizia. Io sotto l'accusa di omicidio; il ladro superstite sotto l'accusa di tentato furto con la qualifica di scalamento. Ma il ladro declina la aggravante della *scalata* perchè i periti hanno trovato che quel muro insalito aveva un'altezza inferiore di due centimetri alla misura dei due metri. Non v'è che ridire, la deduzione della difesa del ladro ha una prova matematica; e la definizione dell'art. 619, lo salva dalla qualifica.

Io alla mia volta deduco che l'omicidio da me commesso non può imputarmisi come reato, perchè eseguito in tempo di notte, per respingere la *scalata* della mia abitazione; ed insisto che l'art. 560 del Codice sardo mi pone al coperto di ogni penale responsabilità. Ma l'accusa mi obbietta che il muro insalito dai ladri aveva un'altezza di un solo metro e 98 centimetri: che dunque non vi era scalata a senso dell'art. 619; e che per conseguenza la difesa della mia abitazione fu illegittima. Così io risico di andare in galera per quei due centimetri che mancavano all'altezza del mio muro. Ma forse io non conosceva con precisione l'altezza di quel recinto; forse io aveva ordinato e pagato al fabbro murario un recinto superiore ai due metri, e l'artefice per veduta di lucro mi aveva ingannato su quella misura: forse in realtà io aveva dato a quel recinto un'altezza assai superiore ai due metri dalla parte esteriore corrispondente sulla via pubblica; ma il Comune con successivi restauri e rialzamenti di quella strada era venuto a diminuire, senza che io vi avessi avvertito, la primitiva altezza di quel recinto. Tutte le accidentalità dovranno dunque essere a me funeste, ed io che ebbi la coscienza di esercitare un diritto accordatomi dalla legge dovrò sentirmi dichiarare colpevole di omicidio volontario, e trepidante implorare dalla misericordia dei giu-

dici qualche minorante ad una colpa che non seppi di commettere?

Ma d'altronde come potranno i giurati levarsi fuori da questa perplessità? Interrogati nello interesse del ladro se concorresse l'aggravante della *scalata*, dovettero rispondere *no:* e bene risposero. Interrogati di nuovo nello interesse mio se concorresse la circostanza scriminatrice della scalata, dovranno essi rispondere *sì?*

Il giudice magistrato non si commuoverebbe a tali perplessità. Applicherebbe al ladro l'art. 619 con tutto il rigore della interpretazione *letterale*, perchè l'analogia e la estensione condurrebbero ad un ingiusto aggravio a danno di un accusato. E volgendosi poscia all'articolo 560, n. 1, vi adatterebbe la interpretazione *razionale* ed estensiva; considererebbe che il legislatore nel dettare la scriminazione dell'art. 560 volle provvedere alla paurosa situazione del cittadino che trovisi notturnamente aggredito dai malfattori nel proprio domicilio: considererebbe che l'aggressione del domicilio, e il pericolo del proprietario, non vengono a sparire per un centimetro che manchi all'altezza del muro di cinta. E interpretando l'art. 560 secondo lo spirito del legislatore, direbbe che la *scalata* designata da questo articolo non è quella tassativamente definita dall'art. 619; ma qualunque insalizione di un recinto che il proprietario aveva posto a difesa delle sue cose e della propria persona, e che egli ragionevolmente poteva giudicare bastevole a proteggerlo contro un'aggressione nemica.

E giudicando così il magistrato giudicherebbe, per opinione mia, con molto senno e con molta equità. Ma allora a che cercare i precetti *assoluti* sulla interpretazione o razionale, o letterale, o restrittiva, o estensiva, in materia di incriminazione, in materia di scusa, in materia di pena?

§ 2. — Tempo di notte.

Perfettamente analoga al precedente caso è la perplessità che nasce in ordine al *tempo di notte*.

Anche qui il codice Sardo nel descrivere le qualifiche del

reato di furto, stimò opportuno dare del *tempo di notte* una definizione assai netta ed esplicita. Era antichissima fra i dottori la disputa relativa all'ora del crepuscolo espertino e vespertino. Alcuni fra i dottori sostenevano doversi l'ora del crepuscolo considerare come parte della notte, trovando sotto il punto di vista astronomico il momento di separazione del giorno dalla notte nel tramontare e levarsi del sole; e trovando sotto il punto di vista giuridico che le protezioni maggiori, accordate dalla legge a tutela del diritto in tempo di notte, era conveniente si estendessero ancora allo intervallo dei due crepuscoli, che pur lasciano incerto il vedere gli oggetti e il discernere le persone. Per costoro, dove gli statuti locali (o condizionatamente, o incondizionatamente) dichiaravano qualificato un delitto commesso in tempo di notte, tale qualifica doveva ritenersi incorsa da chi avesse delinquito durante il crepuscolo o mattutino o serale, e cioè prima della levata o dopo il tramonto del sole.

Altri invece sostenevano opposta opinione. Sotto il punto di vista astronomico essi osservavano che anche quando il sole non è visibile a noi, perchè non ancora alzato, o perchè tramontato, i suoi raggi recano per qualche intervallo luce sopra la terra, cosicchè vi è pur sempre la presenza dei suoi benefici effetti. Sotto il punto di vista giuridico, osservavano che anche durante il crepuscolo vi è luce bastante per vedere e discernere, e che per tal guisa non ricorre il bisogno di quella maggiore protezione che consiglia un aumento di penalità contro i delitti consumati durante le tenebre. A questa seconda opinione aderì Giovanni Voet, ed il peso della sua autorità la rendette prevalente in quasi tutte le giurisprudenze: cosicchè in quei paesi dove lo statuto locale non si è preso cura di definire il tempo di *notte*, può dirsi universalmente accolta la regola che quando trattasi di qualificare il furto, l'ora del crepuscolo si consideri come parte del giorno.

Ma il legislatore sardo, che fu avidissimo di definizioni, stimò opportuno prevenire ogni disputa con definire cosa intendesse per *tempo di notte,* e lo dichiarò all'art. 613 nei seguenti termini — ivi — *Quando la notte serve a qualificare o a rendere più grave il reato, si avrà per notte tutto*

quel tempo che corre da un'ora dopo il tramonto ad un'ora prima della levata del sole. Anche questa definizione è chiara e positiva oltre ogni desiderio, tranne la difficoltà inevitabile di appurare nei singoli processi l'ora precisa nella quale si consumò il malefizio; e tranne la difficoltà, assai più grave, di decidere se debbasi in ordine alla qualifica desunta dal *tempo* considerare il principio della esecuzione del reato, o piuttosto il momento della sua consumazione. La prima di tali difficoltà non era nella potenza del legislatore di eliminare, perchè dipendente da mere circostanze di fatto indefinibili *a priori*. La seconda difficoltà esso poteva eliminare, ma nol fece: sicchè rimane nella balìa degli interpreti decidere nei casi concreti se un furto incominciato di pieno giorno e consumato di notte, od un furto incominciato di notte e condotto a termine di giorno, debba o no punirsi come qualificato. Ma ciò non riguarda l'argomento della presente nostra trattazione.

Or dunque in faccia alla definizione dell'art. 613 il giurato ed il giudice, al quale si denunzi un furto come qualificato dal tempo notturno, trova nettamente segnata a sè medesima dalla legge la norma della propria condotta nel giudicare. Esso interrogherà il processo, e se questo gli definirà l'ora precisa del fatto, confronterà quell'ora col lunario alla mano all'ora nella quale in quel giorno e in quella località il sole tramontava o si levava, e pronuncierà secondo i risultati di tali osservazioni. Che se il processo lascierà in dubbio l'ora precisa del fatto, egli nel dubbio abbraccierà la opinione più mite ed escluderà la qualifica. Finquì siamo chiari.

Ma ecco sorgere il caso *complesso*. Si riproduce la ipotesi che ho posto nel caso precedentemente da me contemplato. Desto improvvisamente dal sonno, io mi accorgo che una mano di ladri hanno atterrato l'uscio della mia casa e sono nell'atto di salire le mie scale. Balzo dal letto, afferro l'archibugio e lo esplodo: uno ne uccido, gli altri sono poscia arrestati: od eccoci tutti tradotti in giudizio; quelli sotto la imputazione di furto qualificato da tempo notturno, io sotto la imputazione di omicidio.

Io per ottenere la scriminazione del mio fatto sostengo

che lo commisi in *tempo di notte*, e invoco l'art. 560, n. 1. I ladri per incontrare una pena minore sostengono che il furto si commise da loro in *tempo di giorno*, ed invocano la definizione dell'art. 613.

Eccoci in una gravissima perplessità. Dovranno essi i Giurati negare il *tempo di notte* sulla questione relativa ai ladri, e poscia dovranno affermare il *tempo di notte* sulla questione relativa all'omicidio? Il dubbio può nascere da doppia cagione.

1° Può essere accertato in processo che quel fatto avvenne nell'ora del crepuscolo: ed il dubbio che nasce è *giuridico.*

2° Può essere rimasta dubbia in processo l'ora precisa dell'avvenimento: alcuni testimoni lo riferiscono alla notte; altri al crepuscolo; altri, che forse abitavano in situazione più elevata, alzatisi al rumore della esplosione, poterono vedere il sole sull'orizzonte: e il dubbio è di *fatto.*

Esaminata la questione sotto il secondo punto di vista, è inevitabile per la necessità di giustizia che i Giurati emettano due risposte diametralmente contradittorie. Ognuno sente simile necessità, purchè risalga ai principii.

Nei giudizi criminali è debito dell'accusa di provare apoditticamente gli estremi dell'azione che sperimenta, ed il concorso di tutte e singole le condizioni che la legge esige perchè si infligga la penalità che essa intende ottenere.

Quindi a sostenere nel furto obiettato la qualità di crimine in ragione del *tempo notturno*, è forza interrogare i Giurati se si sieno convinti che il furto si commettesse in *tempo di notte.* Ma i Giurati, posti fra le tanaglie di due testimoni che asseverano le tenebre e di due testimoni che asseverano la luce, non possono in tranquilla coscienza dichiararsi convinti nè della luce, nè delle tenebre, e conseguentemente sono obbligati dallo stato di dubbio nel quale si trovano a dichiararsi non convinti del *tempo notturno.* Ma con ciò essi non già affermano come cosa certa il *tempo diurno:* affermano soltanto che *non è certo il tempo notturno.* E quantunque lo effetto di questa risposta sia identico in quanto riguarda lo interesse degli accusati del furto, vi è però gran divario nella sostanza del suo intimo con-

cetto, ed anche negli effetti suoi considerati ad altri riguardi.

Quindi di nuovo allorchè l'accusa intende raccogliere gli elementi dell'omicidio che vuole imputare a me come criminoso ha bisogno di assodare gli estremi di tale criminosità. E poichè trattasi di un omicidio commesso dal proprietario nell'atto di respingere una invasione violenta del suo domicilio, così essa ha bisogno di porre in sodo la condizione *costituente* la criminosità di tale omicidio.

E siffatta condizione essendo il *tempo diurno*, egli non può non interrogare i Giurati sopra tale condizione. Sarebbe assurdo che si dimandasse ai Giurati se io uccisi lo invasore del domicilio in *tempo notturno;* perchè la interrogazione così concepita per parte dell'accusa, formulerebbe un *non delitto*, formulerebbe una azione che la legge dichiara politicamente *innocente*. Le interrogazioni dell'accusa devono tutte versare sopra ciò che vale a costituire la criminosità o le circostanze concomitanti alla criminosità, perchè le interrogazioni dell'accusa contengono le *affermazioni* dell'accusa alle quali si cerca se risponda o non risponda l'affermazione dei Giurati. Un'accusa che affermi un fatto innocente non è un'accusa; è un controsenso; un atto futile ed assolutamente risibile. Bisogna adunque che la quistione sull'omicidio contenga la interrogazione sul *tempo diurno,* perchè il *tempo diurno* è circostanza costituente la criminosità di quell'omicidio. Imprudentissimo sarebbe quel difensore che in simile contingenza lasciasse porre la questione dell'omicidio a repulsa di una invasione domiciliare senza la circostanza *essenziale* alla criminosità del fatto, quella cioè del *tempo diurno;* e si contentasse di porre come questione di *scusa* la questione del *tempo notturno*. Imprudentissimo, perchè egli si porrebbe nella situazione di dovere *provare*, mentre la situazione che egli deve con ogni cura mantenere è quella del *negare* (*reus inficiando vincit*): e con un rovescio funestissimo farebbe ricadere sul capo del suo cliente le conseguenze dello stato di dubbio il quale doveva essere il porto salutare di quello. Imprudentissimo il patrono che così operasse; e (mi si permetta il dirlo) deficente all'altezza del sacro suo ministero

il Presidente che non supplisse e non riparasse a così deplorevole svista della difesa. Interrogati dunque i Giurati, com'è dovere, rispetto all'omicida sul concorso del *tempo diurno*, essi dovranno una seconda volta rispondere *no:* perchè il conflitto dei fidefacenti lascia incerte le coscienze loro se il fatto avvenisse o di notte o di giorno. Laonde essi rispondendo che non sono convinti nè della notte nè del giorno non si pongono altrimenti in quella contradizione che agli occhi soltanto del volgo ignaro potrebbe apparire, mentre bene s'intende che la dichiarazione di *non esser certi della verità di una cosa*, niente affatto porta con sè la affermazione del contrario.

La perplessità sotto il punto di vista del dubbio di *fatto* da me sopra accennato al n. 2, non è dunque seria, nè pericolosa; purchè tutti ricordino che quando deve darsi dal Giudice la *definitio rei* anzichè chiedersi al legislatore la *definitio nominis*, sempre ogni dubitazione deve proporsi e sciogliersi in guisa che la incertezza della prova debba condurre agli effetti più favorevoli al giudicabile.

Ma la perplessità si rende più grave se si contempla la prima ipotesi da noi fatta di sopra. Qui il dubbio diviene giuridico e passa alla competenza della Corte. Non posso certamente supporre che si consegni alla decisione dei Giurati la questione del *tempo di notte*, tostochè la legge avendone dato la definizione con apposito articolo il dubbio se una od altra ora rientri in quella definizione della legge è dubbio puramente giuridico. Ai Giurati (sia con una, sia con altra formula) non può essersi diretta altra interrogazione tranne quella relativa alla materialità dell'*ora* dello avvenimento. E pongasi che i Giurati abbiano ottenuto dal processo la desiderata chiarezza su questo punto, ed abbiano affermato un'ora che rientri nel *crepuscolo*, la quale io qui designerò per la via più semplice e breve, *ora del crepuscolo.*

A fronte di siffatta dichiarazione, la sorte dei ladri non soffre ulteriore pericolo: per l'art. 613 l'*ora* del *crepuscolo* non costituisce *ora notturna;* ed a tale dichiarazione di fatto i giudici del diritto, non possono applicare altra nozione giuridica tranne quella esclusiva di tale aggravante. Fin qui siamo chiarissimi.

Ma in quanto all'omicida l'affermazione del crepuscolo dovrà essa condurre i giudici della Corte alla esclusione del *tempo di notte*, e così togliere all'omicida il benefizio dell'articolo 560 n. 1? Ecco argomento di grave perplessità. Torna qui a dimandarsi se la notte definita dal legislatore nell'art. 613 equivalga alla notte indicata (ma non definita) dal legislatore nell'art. 560, e se questo articolo si debba interpretare *ad tramites* dell'altro, o differentemente. Ed ecco aperto vastissimo campo a contradittorie argomentazioni.

Sa ognuno quanto sia grande il giuoco che esercitano nella dialettica forense gli argomenti critici, che l'uno dicesi dell'*usus loquendi* del disponente, e l'altro che dicesi della *discretiva*.

Le parti contendenti magnificano ciascuna a vantaggio proprio la potenza respettiva di questi due argomenti che vengono vicendevolmente a contrasto. Il disponente (sia desso il legislatore, sia il testatore, sia il contraente) ha in un luogo indicato una cosa qualunque, e ne ha dato una definizione più stretta di quella che di lei darebbesi nel comune e volgare linguaggio: poscia in altro luogo ha ripetuto la indicazione della medesima cosa, ma non ha ripetuta quella definizione più angusta. Ecco i due argomenti a lotta fra loro.

Il disponente (dicesi dagli uni) ha avuto cura di farci sapere qual'è il significato che per lui si attribuisce a quella cosa da lui designata: con ciò egli ha chiarito il suo *usus loquendi:* tutte le volte che egli ripeterà seecamente la medesima parola dovrà a questa attribuirsi sempre lo identico significato: repugna che un uomo adoperi una parola in un senso, e poscia voglia adoperarla in un senso difforme: l'argomento desunto dall'*usus loquendi* è uno dei più potenti che offra la ermeneutica legale. E qui vengono sfoderando un nuvolo di autorità che tutte a puntino levano a cielo la concludenza di quell'argomento.

No (rispondono gli altri) l'argomento più sano è quello della *discretiva*, che conduce alla conclusione diametralmente opposta. Se il disponente designando quella cosa in un dato luogo, si diede la cura di definirla per ridurne il

significato a confini più angusti dell'ordinario, e poscia altrove ripetendo la identica parola non si prese ugual cura di restringerne il significato, ella è questa una dimostrazione luminosissima che quà il disponente volle adoperare quella parola nel suo significato ordinario e comune, e non più nello straordinario ed eccezionale che aveva all'altro luogo accuratamente descritto. *Ubi voluit dixit; ergo ubi non dixit noluit.* L'argomento della discretiva è validissimo e convincente al disopra di ogni altro. E qui vengono anche essi sfoderando un nuvolo di autorità che a puntino rispondono al desiderio loro. E così gli scritti legali si fanno ricchi di pompose dottrine e di nomi autorevoli, che meravigliando si trovano a far le parti di alleati ad entrambo gli opposti campioni.

Applicando queste argomentazioni al tema attuale, gli uni diranno che il legislatore Sardo quando ha detto una volta che il *crepuscolo* non è *notte*, lo ha detto per sempre; cosicchè tutte le volte che egli ripeterà la parola *notte* dovrassi intendere designato con ciò il solo intervallo che passa dal termine del crepuscolo vespertino fino al cominciare del crepuscolo espertino, perchè *l'uso di parlare* del legislatore impone così. Ma gli altri sosterranno al contrario che se ad un dato luogo il legislatore apertamente disse di abbreviare in tal guisa il periodo notturno e ad altro luogo parlando di notte non ripetè altrettanto, ciò mostra che dove non ripetè quella disposizione abbreviatrice non volle altrettanto, e mantenne la parola *notte* nel suo naturale significato, mentre se in questo significato naturale esso legislatore avesse inteso che la notte non comprendesse in sè anche il crepuscolo, non si sarebbe preso la inutile cura di escludere questo da quella dove a lui interessava ne fosse escluso.

Ma la contesa nel tema attuale procede ancora con più speciali argomenti desunti dalla lettera dell'art. 613. Questo articolo (dicono i sostenitori della interpretazione discretiva) è chiaro che oltre ogni desiderio, per mostrare che il crepuscolo, *per regola generale*, fa parte del *tempo notturno.* È l'art. 613 che ve lo dice — ivi — *quando la notte serve a qualificare ed a rendere più grave il reato, si ha*

per notte ecc. Cosa volete di più? Nel caso dell'art. 560, n. 1, la *notte* non si cerca per *qualificare* il reato, ma si cerca invece per *escludere* il reato. Dunque sebbene il *crepuscolo* non sia parte della notte, *qualificatrice* del reato, esso fa parte della notte *esclusiva* del reato.

Gli altri però non si arrendono, e replicano alla lor volta che l'art. 560 n. 1 ha inteso di togliere la qualità di reato all'omicidio commesso per respingere un furto *qualificato*, e non un furto *semplice:* e che per sapere se i ladri che io respinsi con la mia archibugiata erano attorno a commettere un furto semplice od un furto qualificato, è necessità ricorrere all'art. 613; e che fa mestieri innanzi tutto definire le condizioni giuridiche del furto per poi definire le condizioni giuridiche dell'omicidio commesso a repulsa del furto. Il criterio che legittima la difesa deve cercarsi nei criterii di un'aggressione, poichè questa è la causa giuridica di quella.

Non si aspetti da me che io qui pronunzi la mia opinione su questa possibile controversia, intorno la quale io già manifestai nel mio *Programma* le più esplicite convinzioni per la opinione più benigna sotto il punto di vista scientifico. Ma lo scopo di questo mio scritto non è già quello di cercare la soluzione di uno od altro problema di giure penale. Il suo scopo è meramente quello di mostrare mediante alcune delle più notevoli esemplificazioni i *pericoli delle definizioni* nel giure punitivo, onde se ne facciano avvertiti teoristi, giudici e legislatori; e specialmente quei legislatori improvvisati i quali pensano sia la più facil cosa del mondo dettare un articolo di codice penale.

Dirò soltanto, come generalità, che nella applicazione dell'art. 560, n. 1, del codice Sardo vuolsi usare di ogni maggiore larghezza, fissando sempre il pensiero sulla situazione soggettiva dell'uccisore. Volete voi che quando io ascolto i ladri urtare l'uscio della mia camera per introdurvisi corra prima a guardare il mio orologio per sapere qual'ora è; e poscia cerchi il lunario per conoscere a qual'ora in quel mattino incominci il crepuscolo, ed a qual'ora si levi il sole, e soltanto dopo tali verificazioni fattomi certo che io verso nel periodo legittimo, dia di piglio all'archibugio e lo es-

ploda contro gli aggressori! Sono queste tali cose che si possano dire e sostenere sul serio? E se io non possedo orologio, se non so leggere nel lunario, se nel mio contado non v'è campana che suoni le ore, se il giorno è sì fosco che arieggi a notte quantunque da un buon quarto d'ora sia comparso il sole sull'orizzonte, ma velato da foschissime nubi; dovrò io essere responsabile di tali accidentalità, mentre al rompersi improvviso dell'alto mio sonno io credetti di essere nel colmo della notte? Stimerete voi di essere pietosi dicendomi responsabile di omicidio per eccesso di difesa, perchè omisi di dimandare ai ladri qual'ora era quella: o giudicherete necessario obbedire alla *verità delle cose*, e applicarmi la pena dell'art. 563! Vi parrà egli che sia obbedita la giustizia subiettiva col fare ricadere sul capo del proprietario le conseguenze dell'altrui scelleratezza? No, perchè ingiusta è la pena quantunque minima che colpisce l'uomo il quale non ebbe coscienza di delinquere: No, perchè neppure potete rimproverare imprudenza ad un infelice che usò tutta quella prudenza che era possibile in quella paurosa e repentina costernazione. Vi parrà egli che ciò si esiga dalla giustizia obiettiva? No, perchè gli onesti cittadini non si atteggiano a timore per la sorte del ladro, la quale per se stessi non prevedono possibile; ma si commuovono invece all'aspetto della pena che ha colpito un loro simile, ed alla quale prevedono il pauroso possibile di soggiacere innocenti alla volta loro. Il danno mediato non nasce dalla uccisione, ma dalla pena che infliggete all'uccisore. Col punire incoraggiate i malfattori e spaventate gli onesti, la vostra pena, non è nè giusta, nè politica. E come potrete trarvi da simile impaccio?

Vorrete forse andar cercando se il proprietario poteva o no utilmente acclamare? Voi lo potreste sotto altri codici, i quali con miglior senno, anzichè copiare dal codice Francese le due grette condizioni materiali della *scalata* (o effrazione) e del *tempo notturno*, hanno tenuto conto del criterio più razionale della solitudine del luogo; oppure, con senso più pratico, hanno trovato il criterio del tempo notturno nelle abitudini locali della destinazione al sonno. Ma sotto il codice vostro voi ciò non lo potete, perchè esso

(peggiorando forse sul codice di Francia) inesorabilmente impone il criterio del centimetro e dei cinque minuti. Adesso io non vi parlo più di crepuscolo. Vi parlo di un furto e di una uccisione, tentato il primo e consumata la seconda cinque o dieci minuti dopo l'ora della levata del sole. Lo scatto di una campana decide della sorte del proprietario! Cinque minuti innanzi esso non fu colpevole, quantunque preferisse uccidere l'aggressore del suo domicilio anzichè acclamare ai numerosi domestici che gagliardi gli stavan d'appresso, od acclamare ai vicini che stavano folti in prossimità della sua abitazione nel centro di popolosa città. Ma cinque minuti dopo il proprietario è un colpevole, quantunque egli fosse solo in quella sua casa, e quantunque questa giacendo in località solitaria e remota lo rendesse deserto di ogni speranza ragionevole di soccorso altrui o di intimidazione degli aggressori!...

Avete forse speranza di applicare al proprietario la regola del moderame? Voi lo potreste sotto altri codici; ma non lo potete sotto il codice vostro; non lo potete senza violare la lettera dell'art. 560, il quale comincia dal dirvi che — ivi — *Sono compresi nei casi di necessità attuale di legittima difesa i due seguenti: ecc.* — e tali casi descrive minutamente, e subordina tassativamente il primo caso al criterio del *tempo*. Laonde non havvi interpetre il quale nella disposizione che *comprende tra i casi di legittima difesa* la repulsa dei ladri *in tempo di notte*, non si trovi costretto a leggere la disposizione avversativa, che cioè la repulsa dei ladri in *tempo diurno non è compresa nei casi di legittima difesa*. Dicendo altrimenti non s'interpetra ma si conculca la lettera della legge.

Inevitabile è il tremendo bivio nel quale trovasi il magistrato in faccia a chi uccise l'invasore violento del suo domicilio, quando il processo mostri evidente che il fatto avvenne dopo la levata del sole. Abbia pure egli scelto nel dubbio giuridico che ho testè esaminato la via più favorevole al proprietario: abbia posto da banda ogni riguardo all'art. 613: abbia fermo convincimento che nella mente del legislatore il crepuscolo fa parte del giorno rispetto al ladro, e il crepuscolo fa parte della notte rispetto al proprietario:

sia pur così; ma ciò nulla giova, poichè qui non siamo nei termini di *crepuscolo;* ma nei termini di *giorno.* Bisogna dunque che il giudice o mentisca alla verità delle cose, dando al giorno il nome di notte; o si faccia egli stesso legislatore: oppure mentisca alla propria coscienza condannando il proprietario ad una pena, e (se fortuna volle che il ladro non fosse ucciso, ma fosse soltanto ferito, e inabilitato al lavoro) condannandolo al perpetuo mantenimento di quel masnadiero.

In tanta amarezza e perplessità non trovasi il magistrato sotto il codice penale toscano. Sebbene anche questo abbia qualche volta ceduto alla voglia di definire, ed allora abbia ancora esso dato occasione di impacci, pure se ne è con molto senno astenuto nell'argomento della imputabilità politica. Il codice Toscano non definì l'errore, non la ubriachezza, non la pazzia, non il moderame, non la provocazione, non il giusto dolore maritale o paterno, non la repulsa dei ladri, non altre condizioni eccezionali che modificano la imputabilità: tutte tali fasi eccezionali della vita umana, esso bastantemente previde con una formula generale all'art. 34 e 64: *mancanza di coscienza dei propri atti, mancanza di libertà di eleggere:* formula eminentemente esatta, eminentemente giuridica. La causa *immediata* della non imputabilità non è già la debolezza di vista, non il vino, non il parossismo nervoso, non l'aggressione, e simili: queste materialità, perpetuamente variabili e difficilmente definibili, non sono che la causa *mediata* o la occasione della scriminazione: unica causa giuridica di tale effetto è la modificazione morale dell'atto *umano;* modificazione consistente nel difetto di coscienza o di libertà; ed è sempre, e deve sempre essere ugualmente efficiente, qualunque sia la materialità che per l'azione del fisico sul morale la produsse nello agente. La giustizia non può colpire che gli *atti umani;* e non è un atto umano, ma un atto animale l'azione dell'uomo lo intelletto del quale non illuminò la coscienza, e la libertà ne soggiacque per una prepotente coazione. Non è vero che la formula giuridica sia la più astrusa e perplessa. Ad ogni uomo, quantunque volgare, purchè illuminato dal naturale intelletto, essa è rivelata dall'intimo

senso, che lo porta a discernere ciò che egli opera con sua responsabilità morale, da ciò che opera senza sua morale responsabilità: e il giudice, qualunque egli sia (o cittadino o giurista) non può mai cadere in equivoco sul concetto della nostra legge: nè mai può trovarsi impastoiato fra lo intimo senso che a lui proclama non essere in colui del quale si domanda la punizione concorsa la prava coscienza o la libertà della determinazione, ed il conflitto di una definizione del codice il quale subordina la scriminazione alla contingenza di certe materialità. Per dire che i Giurati non comprendono la formula Toscana bisogna supporre che essi non sappiano cosa è *coscienza*, nè cosa è *libertà* umana!! La descrizione che il codice Sardo ha voluto fare di tali materialità accorda prevalenza alla causa occasionale remota sulla causa immediata e giuridica della scriminazione. Essa pone il giudicante in un letto di procuste se religiosamente vuole rispettare le tassative condizioni materiali descritte dal codice, e lo costringe a condannare talvolta contro la propria coscienza; oppure se per evitare siffatto sconcio gli accorda balìa di correre dietro alle fallaci apparenze della analogia, lo investe di un arbitrio dispotico, dandogli facoltà di dire che il giorno è notte, o simili cose che lo convertono in un vero legislatore.

La versatilità della giustizia, e il pericolo che nella obbedienza ad una parola si soffochi il *senso morale*, sono inseparabili conseguenze di certe definizioni: e tanto più lo sono quando il criterio della definizione si cercò nel campo instabile delle soggettività fisiche, anzichè nella più circoscritta sfera della soggettività morale, o della oggettività giuridica: e tanto più si accresce quanto più si volle essere minuziosi nel definire. E poichè ho portato lo sguardo su questo art. 560, voglio aggiungervi ancora qualche osservazione ulteriore.

E primieramente io domanderò per qual motivo a dichiarare legittima la uccisione dello invasore del domicilio si richiese che quella *avesse luogo* NELL'ATTO *di respingere la scalata o la effrazione?* Ma dunque se la scalata o la effrazione erano già compiute, e già i ladri si aggiravano entro la mia casa, non sarà più legittima la strage che io ne faccia?

Capisco che tutta questa materia del moderame, e dei casi assimilati al moderame, e dei casi di eccesso o difetto di moderame, non presenta nel codice Sardo (salvo pochissime aggiunte) che la traduzione letterale degli articoli 322, 327 e 329 del codice Francese. Ma l'art. 329 usava la formula *en repoussant l'escalade;* e il traduttore italiano invece di usare la equivalente formula *respingendo*, ha preferito la formula *nell'atto di respingere*. Questa modificazione è dessa figlia di un mero equivoco o trascuranza del traduttore; oppure è stata fatta con maturo consiglio, e all'apposito fine di designare più tassativamente il *momento* scriminatore, e circoscriverlo in guisa da escludere il benefizio in ogni altro momento?

Gl'interpetri più rigorosi propugnando il secondo sistema non mancheranno di argomenti o buoni o cattivi. Essi diranno che lo spirito del legislatore è di scusare la difesa delle *persone*, non la difesa della *roba:* diranno che mentre gl'invasori urtano l'uscio, o si arrampicano alla finestra per introdursi in mia casa, io non so ancora se essi minacciano la mia persona o soltanto la roba mia, e che perciò legittimamente posso ucciderli: diranno che quando gli invasori sono già penetrati in mia casa, ed hanno posto mano a rubare, io già ho acquistato certezza che la mia persona non è minacciata; laonde se a questo momento io uccido, non uccido per salvare la *persona;* ma per salvare le *cose* mie; e ne concluderanno che la clausola *nell'atto* germoglia spontanea da tali idee; ed è la chiara manifestazione di uno spirito uniforme nel legislatore, diretto a negare la scusa quando si uccise dopochè la effrazione e lo scalamento erano già consumati. All'opposto interpreti più benigni diranno che la formula *nell'atto* fu casuale e non avvertita: diranno che chi aggredisce il mio domicilio aggredisce la mia persona, e che la presenza dei masnadieri fattisi padroni della mia casa è una grave minaccia imminente contro la mia personale sicurezza: diranno che sebbene lo appartamento posto a ruba dai ladri sia alquanto discosto dalla mia camera possono i medesimi non essere paghi di quello che hanno trovato colà, e far passaggio nella mia camera, ed ivi accortisi della mia presenza trucidarmi: diranno che è

repugnante accordare al proprietario maggiori diritti contro il ladro che è fuori di casa, e diritti minori contro l'invasore che è già padrone di quella: diranno che la formula legislativa fu diretta appunto a scopo contrario, mentre non parve dubbio che la difesa fosse legittima quando il mio domicilio era invaso, e si dubitò invece se ugualmente lo fosse quando la invasione era soltanto minacciata; e questo dubbio si volle eliminare con la formula *respingendo la scalata*, per mostrare che il diritto di uccidere competeva anche prima dello ingresso. E ne concluderanno che se il traduttore italiano vi aggiunse quella formula *nell'atto*, ciò derivò da mera inesattezza, anzichè dalla veduta di dare una limitazione maggiore alla scusa.

Tutto questo dirassi da una parte e dall'altra, ed i giurati decideranno.

In secondo luogo osservo che l'originale francese adopera nell'art. 329 n° 1 la frase *effraction de* ENTRÉE *d'une maison;* e che il traduttore italiano ha convertito quella frase nella seguente — *rottura di* PORTE *di* ENTRATA *in casa.*

Ora la parola *porta* non rende davvero con esattezza la parola *entrée* dell' originale. È evidente che una casa può essere chiusa con un *cancello*, e che un cancello non è una *porta.*

Il giurato aderente alla lettera della disposizione italiana trovando che non si tentava di rompere una *porta*, ma soltanto di atterrare un *cancello*, dubiterà che manchino i termini della eccezionale discolpa. La regola (dirà egli) sta nella colpevolezza di ogni omicidio. La impunità è una eccezione che può accordarsi soltanto dove ricorrono i precisi termini tassativamente descritti dalla legge. Siffatti termini io qui non trovo, e non posso accordare impunità ad un omicida. Sarà costui troppo rabbinicamente attaccato alla lettera della legge; ma pure è possibile che lo sia. Io ne ho vedute di belle di tali aderenze alla lettera. Nell' epoca della introduzione della carta moneta in Italia, una legge finanziaria ordinò che il pagamento dei dazi alla frontiera non si accettasse se non era fatto in *oro e argento.* Ebbene io mi trovai presente a Livorno *(vera refero)* ad una viva disputa, nella quale lo incaricato della esazione (persona

civile e rispettabile) si ostinò a non voler ricevere il pagamento del dazio in sole monete d'argento, sostenendo che la legge diceva *e*, e non *o*: che in conseguenza non poteva pagarsi nè tutto in oro nè tutto in argento, ma promiscuamente con monete dei due metalli. E quel signore era convinto fino a gola di questo suo obbligo di aderire alla lettera: e veduto me accidentalmente presente colà ne appellava al mio giudizio come cosa che non ammettesse disputa. Oh! molte, anzi troppe io ne vidi di tali aberrazioni per ossequio ad una parola. Io vidi per due volte i giurati negare la scusa dello *eccesso di difesa* perchè erano convinti che il giudicabile non aveva in niente *ecceduto:* e vidi altra volta i Giurati ammettermi alacremente lo eccesso di difesa perchè trattavasi di un birbante matricolato il quale aveva esorbitantemente ecceduto: e come potevano essi quei buoni galantuomini non ravvisare un *eccesso* in una condotta tanto inescusabile ed odiosa! Oh! delle interpretazioni *letterali* ne avrei molte a narrare.

Finalmente io vorrei sapere perchè così il codice Francese come il codice Sardo, tanto premurosi di stabilire la scriminazione delle repulse micidiali contro le effrazioni e contro li scalamenti notturni, e la minorazione contro i diurni, abbiano affatto taciuto della invasione del domicilio privato consumata o tentata mediante l'uso di *falsa chiave*. Che forse un'orda di masnadieri che muove ad invadere il mio domicilio, mette soltanto in pericolo la mia personale sicurezza quando valgasi di scalpello e di scala, e niente la pone in pericolo, quando valgasi di grimaldelli? Quando pertanto io mi accorga in tempo di notte che i ladri salgono su per le mie scale, dovrò io prima di dar di piglio alle armi e respingerli con la violenza diriger loro una interpellanza per sapere se si sono introdotti con rottura dell'uscio, oppure con falsa chiave?

Tutte queste perplessità sono derivate dal voler troppo definire. Ma perchè questa cura di definire? Il dubbio risale fino a questa genesi. Si è forse temuto che la formula *difesa propria od altrui* fosse insufficiente, e si è creduto di allargarla con la specificazione dei due casi riprodotti nell'articolo 560 n° 1 e 2? Appo noi sotto il codice Toscano non

è mai nato nè può nascer dubbio che quei due casi rientrino nel diritto della difesa legittima (ed io ne ho avuto gli esempi) senza bisogno di tante definizioni. Si è per lo contrario temuto che troppo si allargasse la nozione della difesa legittima? Se il pensiero del legislatore è stato questo secondo, esso lo ha pur troppo raggiunto col suo linguaggio: ma a parer mio lo ha raggiunto a scapito della giustizia.

§ 3. — Adulterio.

Ho già notato che i compilatori del codice penale Toscano abbandonarono affatto le tradizioni del codice penale Francese e dei suoi satelliti, usando ogni studio per circoscrivere i proprii dettati con referenza continua al concetto morale giuridico che mai riesce ingannevole, ed astenendosi per quanto era possibile dai concetti materiali sempre fallaci e variabili. Non definirono l'errore, non il moderame, non il giusto dolore, e simili, contemplando tali escusanti nelle respettive materialità di fatto dalle quali possono praticamente emergere; ma nel determinare i criterii della imputabilità e delle sue degradazioni tennero fiso lo sguardo alla *idea*, nella quale soltanto risiede la causa giuridica del sorgere, del cessare, o del decrescere della imputazione. Non è nello errore, non è nella aggressione patita, non è nella ubriachezza, non in altre consimili condizioni materiali la causa prossima della scusa che toglie o modifica la imputazione a profitto di chi consumò una offesa al diritto altrui. La causa unica e prossima della scusa sta nella deficiente *coscienza* o nella deficiente *libertà* dello agente: perchè da ciò modificandosi la forza morale soggettiva del malefizio se ne modifica lo ente giuridico. Inutile pertanto correre dietro a quelle materialità sempre variabili nelle varie contingenze dei fatti, e pigliarsi l'arduo compito di definire un Proteo. Definiamo la causa prossima che è la vera efficiente della scusa, e tutto è detto. Così nacque l'art. 34 del nostro codice, che in poche linee seppe definire quello che altri aveva a grande fatica descritto con pa-

recchie pagine; e così nacque l'art. 64. Nel primo di tali articoli fu detto non doversi dirigere imputazione dove trovavasi mancante la *coscienza dei proprii atti o la libertà di elezione;* nel secondo fu detto doversi degradare la imputazione dove ricorreva uno stato *prossimo* a quello della mancata coscienza o mancata libertà. In queste due semplicissime formule si racchiusero tutti i casi nei quali la imputazione si modificava per le modificate condizioni ideologiche e psicologiche nelle quali versava lo agente.

Quando nel 1865 si rinnovò l'aspra guerra contro il codice Toscano (che a molti è cotanto inviso, nè giova indagare il perchè) si tolse argomento a siffatta guerra dalla istituzione della giurìa che volevasi estendere alla Toscana. Il codice Toscano, si disse, usa formule troppo astratte e scientifiche: esso è buono pei magistrati: i giurati non lo possono intendere. Fortunatamente questo partito non vinse, e rimasto dal 1866 fino ad oggi il codice Toscano a funzionare coi giurati, la esperienza ha potuto dare una solenne smentita a quei falsi profeti; ed i giurati hanno potuto mostrare che anche dai non giuristi meglio si intendono le formule che descrivono nettamente la idea sempre assoluta ed immutabile, di quello non s'intendano certe minute descrizioni di materialità sempre contingenti e variabili.

Quando ai nostri giurati la difesa ha dedotto la scusa della ubriachezza, il presidente non ha avuto bisogno di impegolare le menti dei giurati nella questione della ubriachezza *piena e meno piena.* Esso ha dimandato ai giurati, credete voi che questo uomo avesse coscienza dei propri atti e libertà di elezione, o credete che ne mancasse in gran parte benchè non intieramente? E i giurati hanno sempre risposto congruamente secondo la convinzione loro, proporzionando il giudizio sulla deficiente coscienza dello imputato al grado della ubriachezza nella quale parve loro che l'imputato versasse. E la imputazione è stata sempre modificata in conformità di giustizia, quantunque il codice Toscano non faccia parola della ubriachezza.

Lo stesso è avvenuto nei casi di errore, nei casi di moderame, nei casi di giusta gelosia coniugale, ed in altri consimili. Anche nel 4 maggio 1871 si dimandava ai giu-

rati di Pisa se l'accusato fosse in uno stato vicino a quello di mancante coscienza dei proprii atti; ed i giurati rispondevano, no: poi dimandavasi loro se l'accusato versasse in uno stato vicino a quello di mancante libertà di elezione; ed i giurati rispondevano, sì. Ed il pubblico intelligente tributava elogio alla intelligenza con la quale quei giurati avevano saputo distinguere ciò che menoma la coscienza da ciò che menoma la libertà.

E di vero bisogna essere bene addentro nel fanatismo delle idee preconcette per osare di asserire che i giurati non saprannno intendere ciò che costituisce negli atti umani la *coscienza* e la *libertà*. Io vi dico bensì che molti giurati potranno non farsi un concetto chiaro di ciò che costituisca la vostra ubriachezza piena o meno piena, la vostra manìa o demenza, ed altre tali vostre formule materiali: ma ogni uomo assennato avrà sempre una idea lucida ed esatta della coscienza e della libertà umana.

Si disse ancora che la formula *coscienza* dei proprii atti era formula inadequata, perchè chi ruba la roba altrui, credendola propria, ha *coscienza di ciò che fa*, eppure non delinque. Ma in questo obietto vi è l'assurdo di supporre che la *coscienza dei proprii atti* manchi soltanto in chi *non sa ciò che fa;* e non manchi in chi sa ciò che fa, ma non *ha coscienza di fare un atto pravo*, mentre crede di farlo buono od indifferente. Ed anche qui i giurati di Pisa mi dettero prova che il senso comune corre spesso più diritto quando non è intorbidato dalle sofisticherie dei giuristi; poichè nel decorso gennaio perorando a pro di un mio raccomandato tradotto alle Assise per furto, proposi appunto precisamente la scusa dello errore caduto circa il soggetto rubato: e quei giurati compresero benissimo *che chi erra non vuole;* e giustizia fu resa col debito riguardo allo errore, quantunque il codice Toscano dello errore non faccia parola. Sta in questo appunto la speciale bellezza ed utilità del codice penale Toscano, che lo distingue da tanti altri suoi confratelli. Le definizioni dei singoli malefizi esso tragge dalla respettiva *oggettività giuridica*, cioè dal *diritto* offeso; del quale ognuno (giurista o no) sente in sè medesimo la pertinenza e la importanza in tutte le forme sue. Le definizioni delle

scuse esso tragge dalla vera loro radice, cioè dalla forza morale soggettiva del malefizio, vale a dire coscienza e volontà; le quali sono per intuizione spontanea e provvidenziale lucidissime nella mente di tutti. Mai (tranne necessità eccezionali) sostituisce alla designazione della *idea* la designazione della materialità o soggettiva o oggettiva: mai si immerge nel laberinto della casuistica.

E nella questione della pazzia i nostri giurati non hanno mai corso pericolo di trovarsi imbrogliata la coscienza fra le dispute di periti ad offesa e a difesa circa le astruse definizioni scientifiche della manìa, della demenza, dello idiotismo, della mentecattaggine, della imbecillità, e simili; ma hanno avuto dalla legge e dalle questioni del Presidente libera balìa di decidere il caso col senso morale pratico, unico che possa chiedersi ai giurati: hanno interrogato sè medesimi se colui era tutto matto o mezzo matto o niente matto, cioè se la coscienza del male che faceva era in esso integra o dimidiata o cancellata del tutto: e giustizia è stata resa, e la verità non è stata soffocata per le cavillazioni alle quali aprisse campo la lettera della legge. Ciò pure verificossi nel corrente maggio a queste Assise di Pisa, dove parecchi medici tutti concordi trovavano nel giudicabile i segni diagnostici e caratteristici di certe forme di alienazione mentale da loro dottissimamente definite secondo la scienza loro; ma i giurati non curavano i nomi e le dottrine scientifiche, perchè la interrogazione diretta loro non li invitava ad affermare *un nome* sancito dalla legge ed affermato unanimemente dai periti: ma li invitava soltanto a dire se il giudicabile avesse coscienza dei proprii atti: e poichè il collegio si era persuaso che colui agisse con malizia e piena conoscenza di far male, risposero con una dichiarazione che condusse l'accusato a 18 anni di casa di forza.

Anche la scusa della giusta gelosia coniugale si è presentata diverse volte ai giurati Toscani, ed hanno saputo farle ragione, quantunque il codice penale Toscano non abbia alcun articolo che preveda il caso della sorpresa del coniuge in flagrante adulterio come scusa al coniugicidio od alla uccisione dello adultero.

Ma ciò non piacque al codice di Francia, e per necessaria conseguenza non piacque al codice Sardo: e l'uno e l'altro credettero vi fosse necessità di provvedere con apposita disposizione alla strage degli adulteri colti in flagrante. Il primo all'art. 324 così dispone: — *Dans le cas d'adultère, prévu par l'article* 336, *le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale, est excusable.* Il secondo all'art. 561 dispone così: — *L'omicidio volontario sarà punito col carcere se è stato commesso dal coniuge sulla persona dell'altro coniuge, o del complice, o di entrambi, nell'istante in cui li sorprende in flagrante adulterio.*

Nel presente scritto io sorvolo sulla sostanza delle disposizioni, e ne contemplo precipuamente la *forma* ed i possibili effetti di questa. Ma ciò non ostante io qui non posso tacere dei notabili miglioramenti che il codice Sardo portò sullo esemplare francese.

In primo luogo tolse via quello avanzo di medio evo del privilegio del sesso maschile, rendendo comune alla moglie la scusa che i Francesi le negano; quasi che la onta non fosse eguale in ambo i coniugi, uguale in entrambo la vertigine giustissima dello sdegno, e quasi che la femmina come schiava passiva avesse il dovere di starsene reverente spettatrice della violazione dei suoi diritti, dello strazio degli affetti suoi, e del sanguinosissimo oltraggio.

In secondo luogo il codice Sardo tolse via l'altra insensata restrizione del privilegio *locale*. Il codice di Francia quasi parve non proteggere l'*uomo* offeso, ma la *casa* contaminata, negando al marito spettatore della onta propria fuori della sua casa qualunque scusa. Era questa una tradizione romana che Giustiniano aveva modificato, ma non osato cancellare del tutto, estendendo la scusa anche agli orti ed alle adiacenze della casa coniugale. Ma non si comprese che il concetto romano non procedeva dal calcolo della dinamica degli affetti, ma da rispetto al gius del *paterfamiliae*, il quale doveva arretrarsi in faccia al gius di un altro *paterfamiliae*. E le pratiche criminali e la comune dottrina avevano compiuto la opera incominciata da Giusti-

niano; valutando a buona ragione che certe offese sono forse più gravi e più sensibili all'onore quando si consumano in casa altrui o nei luoghi aperti od accessibili al pubblico, di quello nol siano quando si consumano cautamente nelle pareti domestiche. Benissimo dunque il codice Sardo ridusse allo unisono con la odierna civiltà la descrizione di quella scusa spogliandola dalle aristocratiche limitazioni francesi, quantunque col lasciarvi quella perentoria formula, *all'istante*, non la purgasse abbastanza dai vizi suoi. Ma io qui non discuto la formula della disposizione, mentre combatto la necessità della disposizione medesima.

Infatti la disposizione speciale che qui considero mi offre nella ipotesi del caso *complesso* gli stessi pericoli che io trovava nelle altre da me precedentemente esaminate.

Tizio ha ucciso il drudo della propria moglie ed ha ferito la moglie stessa. A scusa dell'omicidio e del ferimento egli deduce la sorpresa in flagrante adulterio: egli fa di più; e inoltra querela contro la donna superstite alle ire sue. La connessione delle sue accuse porta il giudizio di entrambo alla cognizione della giurìa: ed ecco i giurati in una di quelle situazioni che io chiamo *complesse*, e che generano gravissime difficoltà.

Se il codice la nozione della scusa del coniuge avesse tratto dal calcolo della moralità dello agente, non vi sarebbe nessuna contradizione in un verdetto che da un lato dichiarasse non constatare sufficientemente dello adulterio al fine di non punire la donna; e contemporaneamente dichiarasse ricorrere nel marito quello stato di esaltazione, che, perturbandone l'animo, menoma la sua libertà. Ciò è manifesto.

Ma, condotta la definizione della scusa sotto la signoria di una materialità che svolgesi in triplice forma, cioè l'*adulterio*, la *sorpresa* e la *istantaneità* della vendetta, la coscienza del giurato trovasi vincolata dalle materialità medesime, delle quali sente il bisogno di dichiararsi *convinto*, perchè la legge gli permetta di affermare il concorso della scusa. Ed ecco la possibilità di una contradizione.

Questo stato contradittorio può estrinsecarsi in due forme diverse. Per giudicare la donna bisogna dimandare ai giu-

rati se *consta dell'adulterio* come delitto da lei commesso. Per giudicare il marito bisogna dimandare ai giurati se *consta dell'adulterio* come materiale della scusa al delitto suo. E i giurati si possono trovare nella dura perplessità di rispondere *no* alla prima questione e *sì* alla seconda, o viceversa rispondere *sì* alla prima e *no* alla seconda. Ed ecco dei verdetti che fanno maravigliare il pubblico. Oppure se i giurati sentono ripugnanza ad emettere quelle due risposte contradittorie, essi verranno ad una transazione di coscienza, nella quale ai riguardi per uno degli accusati sacrificheranno ingiustamente l'altro accusato.

Sa ognuno che nello assodamento del *materiale* di un fatto il giudice procede sempre con diverso criterio secondo che il fatto deve servire a costituire il *corpus criminis* per irrogare una pena; oppure deve servire a costituire il *substrato di una degradante* a favore dell'imputato. Al primo di questi due fini il giudice esige la *prova rigorosissima* che ogni dubbio sul materiale del delitto interdice; e rende impossibile la condanna, almeno per reato consumato. Al secondo di quei due fini il giudice si contenta di una *probabilità* e di una prova anche *semipiena*. Questa non è una elasticità umanitaria dettata dal cuore: è la logica derivazione di un precetto di ragione suprema che svolgesi nella notissima formula *in dubio pro reo;* e che si verifica in moltissime contingenze di impossibile enumerazione.

Nella specie proposta non basterà perchè si applichi alla donna la pena del consumato adulterio che si dimostri aver ella introdotto nella sua camera notturnamente lo amasio: si vorrà qualche cosa di più. Non dirò che assolutamente si esiga quella prova che i pratici dicono *necessaria:* ma pure una qualche cosa di prova materiale sarà indispensabile. Non è dunque difficile a prevedersi che il giurato chiamato a decidere la sorte della moglie quando non gli si pone innanzi altra prova oltre quella di un breve congresso notturno che può benissimo essere stato interrotto ai preludii, dica a sè medesimo: ma io non sono certo che veramente l'adulterio si consumasse, e la mia coscienza mi impone in questo dubbio di rispondere negativamente sulla questione fatale alla donna.

Ma quando poscia s'interroga lo stesso giurato a riguardo del marito feritore sulle condizioni della scusa, egli di nuovo è costretto a dire che ripugna alla sua coscienza mandare in galera il disgraziato, mentre tutte le probabilità conducono a dargli ragione, e così viene a rispondere affermativamente sulla esistenza di quello adulterio che egli ha precedentemente negato.

Che se un falso pudore e la tema di contradirsi prevale nell'animo del giurato, egli viene trascinato a mentire ingiustamente alla propria coscienza o col dichiarare contro il marito che adulterio non vi fu, quantunque creda probabile che vi fosse, o col dichiarare contro la donna che adulterio vi fu, quantunque riconosca il possibile che la consumazione di quel delitto non avvenisse.

E qui le osservazioni sulla *forma* legislativa ci riconducono alla *sostanza* della disposizione che adesso contemplo.

La legge che definisce la scusa secondo la materialità ne pone come condizione lo *adulterio*. Si conculca pertanto la lettera della legge se si applica la sua disposizione ai *preparativi* dell'adulterio che sono cosa sostanzialmente diversa. Chi rigorosamente aderisca a quella lettera, quando le circostanze del processo lo facciano certissimo che adulterio non vi fu sebbene i due amanti già si fossero coricati nel medesimo letto, si sentirà obbligato a rispondere che si deve negare la scusa al marito quando, troppo sollecito a sopraggiungere, non diede tempo possibile ai due amanti di consumare quel materiale che la legge prescrive come condizione impreteribile alla scusa. Io non posso in coscienza (dirà costui) affermare che furono *sorpresi in adulterio* coloro dai quali ho la più positiva certezza che *adulterio* non fu commesso. Ma è ciò conforme a giustizia?

Se questa scusa fosse ragionata sulla teorica della compensazione dei delitti, oppure sopra una valutazione dei reciproci diritti, siffatto rigore sarebbe giustissimo. Dove lo adulterio si considerasse come genesi del diritto di uccidere, il supposto diritto di vendicare il talamo offeso non potrebbe accordarsi tranne quando la offesa del talamo fosse completa: al modo stesso che non si accorda all'operaio il diritto di conseguire la sua mercede finchè non presenti completa la opera sua.

Ma il calcolo di questa scusa procede da ben diversa dinamica: esso ha sua ragione nella perturbazione dell'animo che fa apparir giusto lo ingiusto, e menoma la libertà di elezione ed intorbida la coscienza. E poichè questo fenomeno morale si sviluppa per certo nell'animo di ogni marito che sorprenda la sua donna in un convegno amoroso e solitario col temuto rivale, non è pretendersi che quel marito per guadagnarsi la scusa dimandi al rivale sino a qual punto giunsero i suoi trionfi. Meglio assai riprodusse il genuino concetto di questa scusa il codice di S. Marino all'art. 467 dicendo — *si ha per provocazione gravissima la sorpresa in flagranti di un'azione disonesta che lede l'onore della famiglia.* Meglio il codice Peruviano all'articolo 495 distinse fra sorpresa nell'atto carnale e sorpresa negli atti preparatorii, portando la pena al massimo di un anno nel primo caso ed al massimo di due anni nel secondo caso. A questo sconcio aveva posto mente la Commissione per il progetto di un nuovo codice penale Italiano, che all'articolo 307 aveva usato la formula flagrante o quasi flagrante adulterio: lo che se non toglieva i vizi radicali di una definizione speciale li rendeva almeno meno sensibili o meno pericolosi, ed aveva per sè il precedente di altri codici. Ma lo sconcio si volle riprodurre in tutta la sua pienezza dalla Giunta Ministeriale incaricata di modificare il primo progetto; la quale tolse via lo adietto del *quasi flagrante* perchè non era nel codice Sardo e nel codice Francese: lo che mostra essersi propriamente voluto che il marito sorprenda gli adulteri nel momento dell'atto carnale; e non gli valga lo averli sorpresi un minuto prima o un minuto dopo: utopia che avversa alla ragione e niente affatto risponde ai bisogni pratici. Ma meglio ancora, per opinione mia, procedettero il codice Badese e il Prussiano, lo Svedese, ed altri molti, che al modo stesso usato dal Toscano affatto tacquero di questa specialità, calcolando con gran senno quanto fosse pericoloso il tentare di definirla nelle sue condizioni materiali; e come fosse affatto superfluo il definirla mentre naturalmente rientrava nella generale contemplazione delle perturbazioni dello intelletto e della volontà.

Anche la formula della *sorpresa* non manca dei suoi pe-

ricoli. Ponete che un marito reduce dopo un anno di assenza in lontane regioni, mentre corre ansioso ad abbracciare la moglie desiderata la trovi incinta o in atto di partorire; e nel turbamento del dolore e del giusto sdegno trascenda a violenze contro di lei. La obbedienza alla lettera della vostra legge vi impedisce di ammettere a questo disgraziato marito la scusa dell'art. 561, perchè certamente voi non potete affermare che quel marito abbia sorpreso in adulterio la propria moglie. E pure anche a costui l'adulterio si rende certo e flagrante per istantanea scoperta di quello stato della sua donna.

Ma qui mi risponderanno che in questa ed altre simili ipotesi i giudici anche nel difetto della sorpresa attuale potranno valutare la scoperta della onta patita come costituente grave provocazione, ed applicare l'art. 562 dello stesso codice Sardo che permette di abbassare la pena dell'omicida fino a sei mesi di carcere. Questo io lo so benissimo, perchè vari anni addietro io stesso difendendo nelle antiche Provincie un marito uccisore del drudo non sorpreso in flagranti, ottenni la scusa della grave provocazione. Ma appunto ciò torna a mostrarmi la inutilità della definizione del caso speciale. Poichè se costituisce grave provocazione la violazione del proprio talamo coniugale indipendentemente dalla attualità della sorpresa, molto più la costituisce quando vi si aggiunge la sorpresa attuale.

Il dettare un articolo speciale è dunque anche per questo caso una opera vana; e quello che è peggio è una opera pericolosa alla giustizia, per gli impacci nei quali la descrizione di certe materialità conduce troppo frequentemente i giurati ignari della legge e della ragione della legge.

Ma che vado io ricorrendo alla situazione dei giurati inesperti di legge per mostrare quanto possa essere pericolosa la formula *sorpresa in flagrante adulterio:* e come possono i giudici cittadini cadere in dolorosissimi equivoci, ed in giudizi *contradittorii* sull'*identico* fatto quando sono chiamati ad interpetrare la genuina volontà che ebbe il legislatore nel dettare siffatta formula? Non solo la medesima sarà *equivoca* per il giurato: essa lo è ancora per i giureconsulti, come apparisce evidente per la seguente polemica che qui mi piace di *riprodurre.*

§ 4. — Privilegio del complice nell'adulterio.

Il codice Sardo all'art. 485 contiene la seguente disposizione — ivi — *tranne il caso in cui il complice sia stato sorpreso in flagrante adulterio, non possono ammettersi contro di lui altre prove che quelle risultanti da lettere o da altre carte dal medesimo scritte.*

Questo articolo non è che la riproduzione leggermente modificata dell'art. 338 del codice Francese così concepito — ivi — *Les seules preuves qui pourront être admises contre le prévenu de complicité seront outre le flagrant délit, celles resultant de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu.*

Questo singolare provvedimento ha dato occasione all'Avv. Faranda di scrivere una dottissima dissertazione inserita nella *Temi Zanclea, anno II, n.* 17: e la lettura di quello scritto, il quale è unicamente diretto a rintracciare la più vera interpretazione dell'articolo, ha portato più addentro i nostri pensieri; ed abbracciando la idea con la quale l'illustre giurista Messinese chiude la sua disputazione, ci siamo convinti essere la restrizione suddetta altrettanto improvvida quanto ingiusta ed irragionevole, e valer quindi meglio spendere il tempo a procurare che si cancelli un articolo privo di senso anzichè perdersi a trovarvi un senso. Noi portiamo le nostre censure su doppio argomento: 1° *Critica del concetto* — 2° *Critica della definizione:* e l'una e l'altra andiamo separatamente ad esporre.

(*A*) — *Critica del concetto.*

1° Avvi egli un *principio cardinale di giustizia* che esiga in novanta casi su cento questa brutta anomalia di due correi nel medesimo delitto, all'uno dei quali la legge irroga severa pena ed all'altro guarentisce la impunità? Di simile anomalia non trovo che un esempio nelle antiche e moderne leggi penali; ed è nel caso del furto del figlio.

Ma qui per punire il complice estraneo, e dichiarare immune il figlio e la moglie, si ha una folla di ragioni tutte convergenti ed irrecusabili. La differenziale nascente nella obiettività giuridica della compartecipazione in certa guisa nel diritto aggredito: il supplemento dell'autorità paterna che ha certi modi legittimi di repressione verso il figlio i quali non ha sullo estraneo: lo allarme che desterebbesi più grave dal processo pubblico che non dalla impunità: il disordine che vuolsi evitare nelle famiglie. Tutte queste ragioni potentissime non ricorrono nel tema dei correi in un adulterio, ed anzi molte di loro si rovesciano ad opposto fine. Il *diritto leso* è al tutto *identico* nel marito, così rispetto alla moglie, come allo estraneo. Identica dunque è in entrambo le *essenzialità* del reato. Parmi dunque impossibile trovare ragioni di *assoluta giustizia* per distinguere nella *punibilità* respettiva.

2° Coloro che addetti alla scuola ascetica danno grande valore nel calcolo comparativo delle delinquenze alla *violazione del dovere*, vengono osservando che nello adulterio il drudo viola un *solo dovere*, cioè quello nascente dal *rapporto cittadino*, mentre la moglie viola anche un *altro dovere*, cioè quello nascente dal *rapporto coniugale*. Può egli darsi qui un valore qualunque a simile osservazione? Io non appartengo a questa elastica scuola, nè le professo grande reverenza. Ma anche volendo un istante tener conto dei criterii prediletti dalla medesima, non so qual frutto se ne potesse cavare a difesa dell'articolo questionato. In primo luogo osservo che nella realtà delle cose (lasciando andare il calcolo numerico dei doveri) apparirà spessissimo scusabile la donna più che non lo sia lo amatore. Più scusabile, perchè più spesso essa sarà la sedotta ed egli il seduttore. Più scusabile, perchè spesso la donna è sospinta all'adulterio dal contegno dello stesso marito. Costantemente più scusabile, perchè a ben guardare, la *violazione del dovere* coniugale è nella moglie una *necessità di situazione*, mentre nell'uomo è lo effetto di sua libera volontà, e di una *elezione* che potrebbe non fare. Ambedue agiscono sotto il predominio soverchiante dei sensi: la passione movente è uguale in entrambo. Ma dato una volta l'impeto urgente

dell'appetito carnale, questo dalla donna non può soddisfarsi tranne col tradire il marito: laddove il drudo avrebbe potuto ottenere uguale sfogo volgendosi a libera donna; ed è soltanto per economia, per capriccio, o per malvagia tendenza che ha preferito volgersi alla donna altrui, corrispondendo il più delle volte col tradimento alla cordialità ed alla ospitalità di un amico. Non è la donna nella situazione del servo; il quale anche vinto dalla avidità dello altrui potrebbe rubare a tutt'altri, e rispettare la fiducia del suo padrone: a costui giustamente si rimprovera la rotta fede perchè è stata sua scelta il violarla, ed anzi della violazione della medesima si è valso come mezzo ai brutti suoi fini. Osservo inoltre che questo specioso confronto dei doveri violati non ebbe mai credito nelle aule legislative in materia di adulterio. Molte antiche leggi punirono più severamente il drudo e più mitemente la donna. E le stesse due leggi che adesso critichiamo seguono la linea medesima. Tanto il codice Sardo quanto il codice Francese minacciano alla donna come al drudo la identica pena corporale del carcere da tre mesi a due anni. Ma contro l'uomo aggiungono eziandio la pena cumulativa di una multa pecuniaria. È dunque repugnante lo attribuire una veduta di benignità alla legge dove ha punito con severità maggiore. Dunque le ragioni di quella disposizione eccezionale non possono trovarsi nè in un criterio di *giustizia* nè in un criterio *morale.*

3° Fondamento di quella disposizione sarà forse alcuna di quelle considerazioni empiriche che tanto piacciono ai seguaci della così detta *politica penale,* o sia agli utilitari? Anche per questa scuola io ho tutt'altro che reverenza: ma pure si permetta una volta anche a me di argomentare alla foggia dei *terapeutici.* Ho udito troppe volte chiedere pene più severe contro la *ingiuria* per la veduta di *impedire i duelli:* ho udito chiedere pene più severe contro *i ladri campestri* per la veduta d'*impedire le vendette dei coloni:* ho udito seriamente affermare che anche l'*adulterio* deve essere rigorosamente punito per la veduta di *impedire le vendette maritali.* Mai potè persuadermi questo modo di ragionare: strano sempre mi parve questo denaturamento

della pena che la converte in una protezione del colpevole: ingiusto sempre mi parve che più rigidamente si punisse *me* non per una maggior colpa *mia,* ma perchè si temeva che *altri* commettesse un delitto a mio danno. Ma quando si studia d'indovinare la ragioni dei dettati altrui non conviene di argomentare con le credenze proprie, poichè questo sarebbe un criterio falsissimo. E poichè sappiamo che il codice Francese è soverchiamente tenero della dottrina utilitaria, che seppe alleare alla dottrina ascetica con tanto singolare connubio, vediamo se per avventura a questa *politica penale* dovessero attribuirsi le ispirazioni che suggerirono l'art. 338 del codice Francese e il nostro art. 485 suo legittimo figlio. Scesi peraltro anche su questo a noi ingrato terreno, non sappiamo davvero trovare che neppure il timore delle maritali vendette possa dare ragione della differenziale stabilita a questo luogo dai nostri legislatori. La storia dei processi criminali c'insegna che le vendette della gelosia si estrinsecano sempre più fiere ai danni del rivale che non della donna amata. Spesso sarà questa una ingiustizia pratica, ma la è così. Il marito può appagare il suo sdegno contro la moglie con cento modi legittimi senza invocare la pena: separazione civile, privazione di benevoglienze, coercizioni domestiche; modi tutti che non ha contro il fortunato rivale. La donna con lacrime, con mostra di pentimento, col pretesto di sospetti gelosi; in una parola con uno di quei cento mezzi, dei quali ha tanta dovizia la femmina, può ridestare l'affetto del suo compagno e remuoverne dall'animo ogni velleità di truci vendette. Non così il drudo. Costui fiero ed imperturbato non si piega alle scuse; forse va propalando con vituperose jattanze l'onta dell'uomo tradito: forse con motteggi, con amari sorrisi ad ogni incontro ne ridesta il furore. Non è dunque meraviglia se la storia di tutti i tempi ci mostra i mariti erompere tutto al più agli schiaffi contro la donna, e dar mano al coltello contro il rivale. Il timore delle maritali vendette doveva dunque manifestamente condurre (se qualche valore voleva darsi a tale considerazione) ad una conclusione diametralmente opposta: doveva (io dico) condurre a spalancare le porte della giustizia penale innanzi al marito che voleva querelarsi del seduttore, non

a chiudergliele in faccia inesorabilmente nel maggior numero dei casi lasciandolo impotente ad una vendetta legale, agitato bersaglio delle tentazioni di una vendetta criminosa. Dunque neppure i calcoli di *politica convenienza* possono fornire agli articoli controversi le ragioni che cerco. Queste ragioni più le vado cercando, meno le trovo.

4° Leggo ripetuta da molti scrittori francesi la considerazione della *difficoltà della prova*. Non conviene (si dice) lasciare troppo libero campo ai sospetti di un marito geloso che da ogni ombra turbato assorderebbe con inconcludenti piati le sale dei tribunali. Ottima considerazione per fermo. Ma non si scorge che quando recasi innanzi simile osservazione si accusa nè più nè meno il legislatore di *mancanza di logica*. Siffatta avvertenza avrebbe meritato encomio se avesse condotto il legislatore Francese a convertire in un precetto assoluto lo insegnamento dei vecchi maestri, i quali non volevano si ammettesse una querela di adulterio, tranne dove potevasi porgere immediata e chiara la prova del *materiale* dello adulterio. Ma questo non si è voluto nè detto. Parvi egli (ohibò!!), parvi egli che un legislatore moderno possa imbrattare il suo codice con le viete formule del *corpus criminis* o del *materiale del delitto?* Ohibò!! A queste formule, che volevano dir qualche cosa e che tutti capivano, se n'è sostituita una nuova tutta fantastica e diafana, quella cioè della *sorpresa flagrante;* le bellezze della quale rileveremo nella seconda parte del nostro discorso. Ma intanto fermandoci alla sostanza della disposizione, certo è che la *difficoltà della prova* e i vantati timori delle eccessive molestie suscitate da un sospettoso marito, si sono recate innanzi dagli scrittori per mettere al coperto da quelle vessazioni lo estraneo che meno le sente, e si è lasciata alla libera balìa delle medesime la infelice donna alla quale esse sono crudeli ed incessanti pugnali nel cuore. Ma questo è poco; e vi è ancora di peggio. I commentatori Francesi in proposito della donna hanno risuscitato dalla ruggine del medio evo la barbara teorica dei *delitti occulti* e dei malefizi di *prova difficile*. E considerando quanto sia difficile raggiungere la prova della consumazione dello adulterio, hanno insegnato che in questi processi si devono accettare

come buoni anche i testimoni congiunti di sangue e le fantesche ed i servitori: e questa dottrina si avvalora con monumenti di quella giurisprudenza. E dove sarebbe (io dimando) la logica di quella legge, se a difficultare la querela contro lo estraneo si fosse mossa dal pensiero della difficoltà della prova, mentre avrebbe facilitato le accuse e le condanne della misera donna (anche a pericolo dell'innocenza) per la identica ragione della difficoltà della prova? Dove più è difficile la prova del delitto, tanto più sono facili gli errori giudiciari. Dove più sono facili gli errori giudiciari, tanto più deve essere cauta la legge a chiudere ogni veicolo in faccia al comune nemico. E qui tutte le porte che possono servire di veicolo allo errore giudiciario sonosi spalancate quando si è trattato del pericolo della donna, pur di consegnarla miserando bersaglio alla balìa dell'astio di un parentado e della malignità di servi troppo spesso irritati o venduti: tutte invece quelle porte sonosi diligentemente chiuse quando si è trattato del pericolo del drudo. E dove è (anche una volta dimando), dove è la logica del legislatore, dove è la sua giustizia, dove la sua equità! Malissimo dunque ed assai peggio che altrove la tesi da noi combattuta si potrebbe difendere sul terreno della difficile prova.

5° Potrà egli dirsi che quella disposizione eccezionale ispirossi alla tema di porgere troppo larga via alle speculazioni venali che un avido marito venisse ad ordire in danno di un dovizioso vicino? Io volli farmi anche questo obietto, ma neppur questo approda. La tema di una *speculazione sulle indennità* è troppo generale e troppo comune a molti e molti delitti perchè le si possa accordare la potestà di generare un privilegio eccezionale in un singolo speciale reato. Tema uguale può aversi nelle accuse di furto, di truffa, di falso, e più specialmente di stupro; nè mai venne in mente ai legislatori di dettare per simile riguardo un sistema eccezionale di forme probatorie. Vano pertanto sarebbe lo addurre anche siffatto argomento.

6° Per ultimo potrebbe egli essere che i nostri legislatori si fossero mossi a quello eccezionale provvedimento per la apprensione di pericoli nei *fini civili?* Certamente se

tale pericolo sussistesse potrebbe nel medesimo trovarsi una ragione gagliarda. Ma anche questa, ove mai si accampasse, non sarebbe che un mero fantasma. La legge civile ha in un modo energico e perentorio repulso per sempre simiglianti pericoli quando ha sanzionato i due canoni — *pater is est quem nuptiae demonstrant* — e l'altro anche più assoluto — *sono proibite le indagini sulla paternità.* Che si teme egli appo ciò? Basterà forse ad un marito che voglia alleviarsi dall'onere della prole di mostrare che la moglie convivente secolui si rendette anche a più riprese adultera? No, e poi no. La creatura innocente, finchè vi è possibilità che sia legittima, deve mantenersi nello stato di legittimità: nè le colpe materne valgono a farla spogliare di quello stato civile che a lei guarentisce la legge. Basterà forse ad un padre mostrare ad evidenza che il ricco vicino ha contaminato il suo talamo, per mandare senza più i figli partoriti dalla propria moglie secolui convivente, alla casa di quello, e rovesciargli sulle spalle il carico degli alimenti? No, e poi no. Questi sono sogni. Le conseguenze civili dell'obbligo degli alimenti alla prole sono prevedibili nel delitto di *stupro:* eppure (strana incoerenza) a querelarsi di stupro contro il seduttore non si richiede nè la *flagrante sorpresa* nè la *prova scritta.* Vanità dunque sarebbe lo addurre che la prova scritta e la sorpresa flagrante si debbono richiedere contro lo adultero per non imporgli con troppa facilità il carico dell'altrui prole. Vanità assoluta, perchè questo rischio non esiste.

Io venni con diligente cura investigando tutte le possibili ragioni di questo privilegio accordato allo adultero; e niuna ne trovai che avesse un atomo di valore. Per deduzione logica io vengo dunque ad abbracciare la conclusione alla quale giunse lo esimio Faranda per intuizione spontanea della sua mente, quando chiuse approvando il progetto della Commissione del nuovo Codice, la quale aveva gettato tra i ferri vecchi quella frivola distinzione. Mostrata la inaccettabilità del concetto si renderebbe inutile ogni discussione sul modo migliore di formularlo. Ma pure allo scopo del mio discorso torna acconcia anche la critica di quelle definizioni, e non voglio pretermetterla.

(*B*) — *Critica della definizione.*

1° Il dotto giurista Messinese ha portato tutto l'obiettivo del suo diligente lavoro sulla formula *sorpresa flagrante*. Si è assunto di dimostrare che per quello articolo non si può ammettere querela contro il drudo se non fu propriamente colpito *in ipsis rebus venereis*, proprio nell'atto e nel momento della copula. Rigetta qualunque altra interpretazione che autorizzasse il marito a querelare un estraneo per averlo sorpreso giacente nel letto con la sua moglie, o nell'atto di scenderne, o nei così detti preludii. Tutto questo a niente serve, e la querela si deve respingere se la sorpresa non avvenne proprio nel *concutere*, come dice Faranda. Io non discuto questa tesi abilmente sostenuta, e che può accettarsi come dimostrata così grammaticalmente come giuridicamente in faccia alla nuda formula *sorpresa flagrante* astrattamente guardata. Mio scopo non è d'interpretare l'articolo, ma di mostrare che anche qui si è insinuata una di quelle che io chiamo *definizioni pericolose*. E comincio dal dire che la critica più recisa e perentoria che possa farsi di quella redazione emerge spontanea dalla stessa dissertazione del Faranda. Perchè se un dotto giurista ha dovuto spendere parecchie pagine per dimostrare che la formula principale dell'articolo deve interpretarsi in un senso piuttosto che in un altro; e ciò con sostanziale differenza di effetti, la redazione è ormai bella e condannata, e tanto basta per giudicarla infelicissima: perchè la massima tra le infelicità di una legge è quella di porgere occasione a dispute, divergenze e perplessità nella sua applicazione.

2° Aggiungo ancora che altra censura irrecusabile e perentoria di quella formula emerge dalla giurisprudenza della Cassazione di Francia. Questa ha più volte deciso che il determinare se in certe date circostanze ricorre o no lo estremo della *sorpresa flagrante*, costituisce una mera *apprezzazione di fatto* non sindacabile dalla Corte Regolatrice. Questo vale appunto quanto dire che la legge *non ha de-*

finito il gran niente, ossia che essa ha preteso definire con uno indefinito, definibile soltanto dai giudici del fatto, ai quali per conseguenza ha lasciato la cura della definizione. E se questo sia un buon definire per parte della legge, ciascuno lo giudichi.

3° Ma io non voglio fermare i miei studi su quella semplice formula astrattamente guardata: voglio contemplare gli articoli nel loro insieme e sotto un punto di vista concreto ed applicativo. E qui osservo che a quella locuzione rispondono tre diversi concetti, tutti sostanzialmente difformi e tra i quali intercede un abisso. Infatti può essersi voluto dire, 1° che la *sorpresa flagrante* sia la *cosa che prova* — 2° *che essa sia la cosa che deve provarsi* — 3° che essa sia la *cosa che è necessaria per essere ammessi a provare il delitto*. La differenziale di questi tre concetti è intuitiva.

4° Il primo concetto è evidentemente quello che bisogna leggere nell' articolo Francese — *non si ammette oltre la sorpresa flagrante altra prova che la scrittura*. Dunque per la legge Francese la *sorpresa* era la *cosa che provava il delitto*. Ella è proprio una *prova* parificata alla scrittura. Non si ammettono testimoni, confessioni, indizi: si ammette come *prova* la sola *scrittura* e la *sorpresa*. Il genuino senso della locuzione Francese è propriamente questo. Ma come ammettere che la *sorpresa* si noveri fra le *prove!* È forse dessa un *quid facti* che possa comparire davanti al giudice in carne ed ossa come il contenuto nel ventre di una femmina divenuto tumescente nell'assenza del marito e che col pronto soccorso di una levatrice renda certo il giudice del materiale del delitto che cerca? No: la *sorpresa* è un fatto transeunte. Essa dunque non ha bisogno alla sua volta di essere provata; e repugna farne una *prova precostituita* alla pari della scrittura o dello stile o del ventre tumido o di altra simile cosa materiale che soggiace alla ispezione fisica del giudicante. Fu dunque uno equivoco designarla come una *prova*.

5° Questo errore fu saviamente corretto nel codice Sardo con una lievissima mutazione. Alla formula oltre la *sorpresa*, che ricacciava la sorpresa fra le cose che *provano*, fu sostituita l'altra formula ben differente — *tranne il caso in cui*

il complice sia stato sorpreso. Con ciò venne tolta quella prima bruttura, ed il concetto ne apparve alquanto più limpido. I testimoni, gl'indizi, le confessioni stesse non si ammettono (tale è il senso del nuovo articolo) nè si ascoltano contro il complice. Ma i testimoni, gl'indizi, e le confessioni si ammettono e si ascoltano contro il complice che fu sorpreso in flagrante. Dunque la sorpresa in flagrante non è più la *cosa che prova* ma è la *cosa che deve provarsi.* Ciò che non era nel testo francese è divenuto evidente nel testo italiano.

6° Ma questa sorpresa deve ella provarsi *come un quid identico* o *individuo col delitto?* Oppure essa deve provarsi come un *quid preambulo* onde il marito possa uscire dalla odiosa eccezione e rientrare nella regola generale; ed essere ammesso a *provare poscia il delitto di adulterio* con tutti i mezzi ordinarii accolti nella comune dei casi? Se la sorpresa deve essere un *quid individuo col delitto,* siamo alla tesi di Faranda: e se il marito non prova la sorpresa nel momento della consumazione niente ha provato, perchè non ha provato la *consumazione* del delitto che asserisce patito. Ulteriore conseguenza di questa tesi si è che al marito mai si permetta di querelare il drudo per tentativo di adulterio.

7° Ma se invece la sorpresa non è la *cosa che prova,* nè si compenetra col *delitto da provarsi;* ma per opposto è invece la *cosa preambula* che deve aprire l'adito alla *prova* dimandata dal marito e rendere accettabile la sua querela contro il complice; ove tale sia stato il pensiero del legislatore, la tesi di Faranda *non è più vera* al confronto di ciò che *volle* la legge. E siccome la tesi di Faranda è strettamente aderente al senso *grammaticale* e *giuridico* delle parole, così per inevitabile conseguenza bisogna dire che la definizione è *viziosa;* perchè indubitamente è viziosa qualunque locuzione di legge la quale nel suo *senso letterale* non risponde alla mente che la detta, e non riproduce la volontà del legislatore. Ed ecco come mentre io convengo sulla interpetrazione *letterale* data da Faranda all'art. 485, trovo ulteriore cagione di vizio in quell'articolo, perchè nel mio modo d'intendere il legislatore volle tutt'altro.

8° E che il legislatore non abbia richiesto come condizione della *sorpresa* la prova apodittica della *consumazione* (il *concutere* di Faranda) io me ne persuado, perchè contemplo il quesito nel suo punto di vista pratico ed applicativo. Si scenda dalle astrazioni e si venga alla configurazione concreta; e dovremo convincerci che col chiedere che il marito faccia la dimostrazione del *delitto consumato* per essere ammesso alla *prova*, si cade in un circolo vizioso, in una pastoja inestricabile. Un marito si presenta ad un giudice a dar querela contro la moglie e contro il suo complice. Egli naturalmente desideroso di vedere accolta la sua querela contro il drudo si guarderà bene dal dire che vide soltanto una parte della scena e che i testimoni videro una parte soltanto o preliminare o consecutiva. Egli articolerà nel modo più esplicito che *vide tutto*, e che i testimoni *videro tutto;* propriamente tutto, anche il *concutere* e più se volete. Che farà allora il giudice? Vorrà egli la *prova della sorpresa in ipsis rebus* prima di ammettere la querela e di aprire il campo alla prova? Ove ciò voglia non vi è più querela possibile. Tutta la questione sta dunque nel formulare la querela e capitolare i fatti. Procurato ciò, la via della querela è aperta ed assicurata, ed il complice dovrà comparire a giudizio. Ma aperto il giudizio il campo probatorio non ha più confine. Siamo nel caso ordinario e sotto il giure comune. È l'art. 485 che per contrario senso stabilisce, *dove fu la sorpresa* devono ammettersi le confessioni, devono ammettersi i testimoni, devono ammettersi anche gl'indizi: nulla è impedito. Ma di qual natura è dessa la prova che va ad aprirsi? È dessa una prova *incondizionata* e *definitiva?* No: perchè se gl'indizi provano ad evidenza lo adulterio, o i testimoni ne fanno certissima dimostrazione; dico di più, se anche ambedue gli accusati concordemente confessano la consumazione dell'adulterio, non è fatto ancor niente. Bisogna che i testimoni provino di aver veduto proprio l'atto consumativo, e che gli accusati dichiarino che proprio in quel momento entrarono in camera i testimoni importuni o l'importuno marito. Se gli accusati confessano di avere giacendo in quel loro letto ripetuto più volte la lettura del libro di amore, ma sog-

giungono però che furono sorpresi in un istante nel quale essi pigliavano qualche minuto di riposo fra quelle letture, tutto lo edifizio è crollato. Per la positiva disposizione della legge *res incidit* (rispetto al complice) *in eo puncto a quo incipere nequit.* La prova fatta luminosamente della *consumazione* dello adulterio è *illegittima* quanto al complice. Consta sì del delitto a luce meridiana: ma poichè non è constato (come prometteva il querelante) che avvenisse la *sorpresa in flagrante;* e poichè la prova che si è fatta non era senza ciò ammessibile perchè vietata dalla legge; così la prova *inammissibile a priori* diventa *invalutabile* dal giudice a *posteriori,* e il giudice mentre condanna la donna bisogna che assolva il complice. E se vuole essere sincero dovrà dichiarare che gli è pienamente constato della colpevolezza del complice, ma che il suo delitto non è punibile perchè gli manca lo *estremo* della sorpresa in flagrante, senza il quale preliminare la prova, quantunque apodittica del delitto, non può nè ammettersi, nè valutarsi. Ed ecco (stranissima ma inevitabile conclusione) la *forma di prova* convertita in uno *estremo essenziale* del delitto. Che ne pare egli di questo risultato del nostro articolo? In teoria si possono dire bellissime cose: ma in pratica la natura delle circostanze ha una forza che sommerge qualunque utopia legislativa: e a dispetto di tutti gli studi del legislatore in pratica si finirà sempre col cadere nel porto ove dovette gettarsi la Cassazione di Francia, consegnando alla *apprezzazione del fatto* (che è quanto dire allo arbitrio) ciò che il legislatore aveva con tanto studio cercato di definire. Risultato frequente che assoggetta anche i Principi a quello antico proverbio — *chi troppo si assottiglia si scavezza.*

9° Ma qui non è esaurito tutto quanto merita censura in quell'articolo. Anche la sua seconda parte è feconda di uguali ambagi e perplessità. *Non possono ammettersi contro il complice* altre prove *tranne quelle risultanti da lettere o da altre carte dal medesimo scritte.* Tale è il disposto perentorio del nostro articolo 485, uguale (sebbene con sintassi invertita) all'analoga disposizione dell'art. 338 del codice Francese. Parrebbe che più esplicito divieto non potesse

emettersi da una legge. *Non possono ammettersi altre prove.* La negazione è assoluta; e respinge qualunque foggia di prove. Via i testimoni; via le confessioni; via gl'indizi e le congetture; le quali tutte ricadono sotto la indistinta reiezione delle *altre prove.* La *prova* (non il *primordio di prova*) deve *risultare* dallo scritto. *Risultare* (notisi bene) cioè emergere tutta armata da capo a piedi come Minerva dal cervello di Giove. Non vi è dunque possibilità di processo contro il complice: o il marito produce un *documento che prova* l'adulterio a colpo d'occhio; o deve essere respinto. In una parola (ripeterò la formula che sopra) lo scritto deve essere qui la *cosa che prova*, e non già soltanto la *cosa che dà facoltà* di fare anche altrimenti la prova. E difatti i primi commentatori francesi l'avevano intesa così, ed esemplificavano la prova scritta richiesta contro il complice in una sua lettera che contenesse aperta confessione dello adulterio consumato, o in un atto di recognizione della prole. I carteggi amorosi possono essere un *indizio*, ma non *provano* la consumazione dello adulterio se questo non vi è a chiare lettere confessato. Ma che perciò? La giurisprudenza demolisce con una mano ciò che con altra mano si edifica dalla legge. La Cassazione di Francia in parecchi giudicati (24 maggio 1851, 8 luglio 1855, ed altri) la intese diversamente: e stabilì che contro il complice avessero valore ancora gl'*indizi*, purchè scaturiscano dallo scritto. Disse non essere necessario che lo scritto del complice stabilisca direttamente il fatto costitutivo del delitto; bastare che senza essere *esplicite permettano di affermare* la esistenza dello adulterio. In tal guisa fu dimenticato il pericolo così energicamente segnalato dalla celebre sentenza di D'Aguessau: *datemi* (diceva quello illustre Magistrato) *datemi quattro linee vergate dalla mano di un uomo, ed io su quelle quattro linee vi costruisco un processo capace di farlo condannare a morte.* Ammesso una volta che basti trovare nello scritto anche la confessione *implicita*, è impossibile chiudere il varco ai testimoni e alle congetture. L'accusato avrà il sacro diritto di produrre testimoni per giustificare altri fatti diversi dello adulterio, ai quali più veramente si referiscono quelle parole dove il marito vor-

rebbe leggere la confessione implicita del concubito. Per ragione di correspettiva eguaglianza bisognerà ammettere il marito a produrre testimoni in senso contrario. I respettivi testimoni alla lor volta potranno non essere *espliciti* e non deporre che di congetture. Ecco nato un processo *indiziario* con le solite condizioni di tutti i processi indiziarii. E la convinzione del giudice si formerà sul *coacervato* di tale processo: e la Corte Regolatrice dichiarerà *insindacabile* quella convinzione, perchè *ha interpretato lo scritto* prova legittima. E allora cosa rimarrà del precetto della legge, la quale gridava il bando contro ogni altra prova? Ma deve essere così; ed è inevitabile che sia così, perchè la effrenata idea Francese della *insindacabilità della convinzione* dei giudici ordinari, dà loro balìa di trovare incensurabilmente la *sorpresa flagrante*, e la *prova scritta*, dove forse il legislatore non l'avrebbe neppure sognata.

10° Di tal guisa tutto è rimesso alla sorte nei giudizi penali. Un marito che produce quattro testimoni i quali hanno veduto il drudo entrare la sera in camera della donna ed uscirne poi la mattina, reclama invano giustizia contro il rivale perchè non ha la *sorpresa* nè lo *scritto*. Un altro marito con una lettera in mano ove si dica *ti amerò eternamente*, può trovare un giudice che in quelle parole ravvisi la confessione implicita dell'adulterio, ed ottenere la desiderata condanna. Che se poi i giudicanti sono di timorata coscienza, e tenacemente obbedienti al precetto della legge, apriranno il procedimento a favore del marito che seppe architettare la querela allegando la sorpresa e lo scritto. Verranno poi copiosissimi i testimoni a far prova meridiana dello adulterio; ma perchè non è rimasta provata la sorpresa o provante lo scritto, quei giudicanti obbediranno alla legge condannando la donna, ma assolvendo il correo che in sostanza verrà dichiarato *colpevole*, ma non *punibile;* e assolveranno non perchè manchi la *prova*, ma perchè manca la *forma sacramentale* eccezionalmente richiesta in quella prova. Tutte queste parrebbero fole se non fossero verità.

Ripeto dunque la conclusione del mio egregio collega. Il giure penale vuol essere purgato da tutte queste sofisti-

cherie. Non più delitti eccezionali in quanto alla prova nè per odio nè per privilegio.

E tornando all'argomento che ho trattato nei precedenti paragrafi, viene finalmente a comprendersi che tutte queste dispute sollevate intorno al significato della formula *sorpresa flagrante* dell'art. 485 del codice Sardo, si riproducono necessariamente in proposito della *identica* formula ripetuta dallo stesso codice del suo articolo 561: che è quanto dire si riproducono quando trattasi di ammettere o negare al marito uxoricida la scusa della *sorpresa flagrante*, e così decidono della galera.

E ne sorge novella prova della proposizione generale che ho svolto nella presente osservazione—*quando una scusa nasce da uno stato dell'animo la legge la descriva con referenza al concetto psicologico senza impacciarsi mai nella definizione delle materialità di fatto che furono causa dello stato d'animo escusante.*

OSSERVAZIONE V.

Si dimostra che il legislatore penale nel manifestare al pubblico i *motivi* ed i pensieri che lo hanno guidato nella formazione del suo codice deve essere sempre *sincero* e *coerente* onde egli non apparisca traditore o mistificatore del popolo.

Mistificazioni.

I Francesi brillano per una speciale attitudine ad ideare certi motti sonori e certe formule le quali hanno le proprietà delle pomate cosmetiche in quanto appianano le scabrosità delle parti rendendone più agevoli e meno ruvidi i contatti senza niente mutare nella loro sostanza. Così quando Parigi con le tre giornate del luglio 1830 ebbe compiuto l'opera che io guardo come la più solida e la più gloriosa tra i fasti di quella città, perchè in un sol colpo spezzò le pesanti catene sotto le quali la Santa Alleanza aveva schiacciato l'Europa, era grande il fermento di quei cittadini per la restaurazione della Repubblica, e numeroso lo stuolo dei partigiani di lei, bastò che Lafayette gridasse al popolo che la Monarchia Costituzionale era *la migliore delle repubbliche;* e bastò che Luigi Filippo dichiarasse di volere essere un re cittadino, perchè i frementi tacessero, e le turbe acclamassero, viva *la migliore delle repubbliche*, viva il *re cittadino.* È meraviglioso il prestigio di una parola!

Nella questione della pena di morte l'illustre Bonneville entrò da prima per una via indiretta. Egli raccolse tutte le forze del suo mirabile ingegno a propugnare con ogni

modo di argomenti e di studi la minorante assoluta del sesso femminile, mirando con ciò a vincere per metà la battaglia contro il carnefice. Che questo fosse il segreto dell'eminente Magistrato io l'ho come positivo per comunicazione che me ne fece il compianto amico Prof. Lodovico Bosellini il quale fu nelle intime confidenze di Bonneville. Ei mi scriveva come il grande criminalista Francese si era meravigliato perchè io (abolizionista radicale) avessi preso tenacemente a combattere la minorante del sesso, mentre questo (diceva esso) era un mezzo infallibile per sottrarre alla mannaia la metà del genere umano.

Poscia Bonneville nella veduta di conciliare gli opposti partiti ed appianare la via al definitivo ostracismo del carnefice, ideò la formula dell'*abolizione progressiva*. Questa formula se si guarda come la espressione di un punto di vista retrospettivo corrisponde alla pura verità storica, ricordando che anche in quei luoghi dove non ancora sia raggiunta la abolizione completa si sono venute di anno in anno gradatamente restringendo le applicazioni del supplizio capitale con il ridurre sempre (o legislativamente o praticamente) a minor numero i casi della sua irrogazione. E questa è una verità storica che ha pure il suo grande significato sulla questione.

Ma non è questo il genuino concetto di quella formula quando la si adopera come espressione di una scuola, di un partito, di una dottrina. In questo senso essa rappresenta la opinione di coloro che non si adattano alla abolizione immediata e completa della pena di morte: che neppure sono tenaci nel volerne perpetua la conservazione, ma intendono si debba lentamente avviare i popoli alla completa abolizione di diritto, riducendo legislativamente ad una minoranza ogni dì crescente i casi di morte, e preparando frattanto con una abolizione di fatto operata al mezzo di grazia la definitiva abolizione assoluta.

Alzata la bandiera della abolizione progressiva formossi un nucleo rispettabile di giuristi che si arruolarono sotto la medesima. Questo nucleo si venne formando (come accade in tutte le dottrine conciliative) da frazioni di giuristi staccate dai due partiti estremi: se non che quella formula

che per gli abolizionisti era una *transizione*, per i conservatori era una *transazione*. Avvegnachè i primi se ne appagassero nella fiducia che a poco a poco la esperienza dei casi aboliti incoraggiasse a nuove abolizioni parziali, sicchè presto si raggiungesse l'abolizione completa: mentre all'opposto i conservatori la pigliavano come un mezzo termine che azzittisse per il momento le pressioni degli abolizionisti e li addormentasse in una speranza, che nel loro modo di intendere non si doveva realizzare giammai.

Fatto è che sebbene formato da questi due discordi elementi il partito dell'abolizione progressiva venne guadagnando terreno, specialmente nelle alte regioni, e si allargò ancora in Italia. Prova di ciò noi l'avemmo nei voti emessi sulle interpellanze ministeriali dalle magistrature del Regno intorno alla opportunità della abolizione immediata della pena di morte. Sappiamo infatti che fra i magistrati italiani non mancò un numero rispettabile di uomini generosi coraggiosi e pieni di fede i quali si pronunziarono per la inutilità assoluta di conservare il patibolo: ma sappiamo altresì che pur troppo la maggioranza si pronunciò nel senso contrario alla immediata abolizione. In questa maggioranza per altro pochissimi furono quelli che si manifestarono tenaci per la dottrina assoluta della necessità del patibolo. Moltissimi (e presso che tutti) manifestarono apertamente che nelle loro intime convinzioni si mostravano ascritti alla scuola dell'abolizione progressiva. Infatti mentre osteggiavano l'abolizione attuale del patibolo perchè le coscienze loro (che noi rispettiamo) subivano tuttora l'influsso di vecchie tradizioni e di vecchi timori, concordavano però che l'abolizione completa dovesse avere un avvenire non molto remoto; concordavano nel confessare i mali del patibolo e concludevano con il suggerire che frattanto si dovesse provvedere a quei mali, ed agevolare quello avvenire con il ridurre la minaccia di morte ai minimi casi ed a quelli veramente atrocissimi, e con il circondarne di maggiori cautele e diradarne per quanto era possibile l'applicazione di fatto.

Questa fu la formula che il Ministero raccolse dalla maggioranza dei magistrati italiani: e questa formula il Mini-

stero consegnò alla giunta dei quattro da lui ultimamente incaricati della formazione di un nuovo progetto per il codice penale Italiano.

Come rispose la Giunta a questa formula? Se noi leggiamo i suoi processi verbali e le sue relazioni essa vuol darci a credere di avervi religiosamente obbedito. Ma se leggiamo il progetto di codice noi la troviamo in quello barbaramente manomessa e tradita.

Nel volume dei verbali della Giunta leggesi a pagina 32 — ivi — *la commissione intende di limitare la pena di morte* AL MINOR NUMERO POSSIBILE DI CASI. E a pagina 21 — ivi — *la commissione cooperando essa pure al movimento di graduale restrizione e soppressione della pena capitale che caratterizza la storia di essa nel presente secolo, è risoluta di limitarne l'applicazione* AL MINOR NUMERO POSSIBILE DI CASI ATROCISSIMI. Parole sonore ma insidiose.

E a mostrarle tali (per tacer d'altro) basta volgere lo sguardo all'articolo 332 lett. *c* del nuovo progetto — ivi — *l'omicidio volontario è punito con la morte — c — quando è commesso in persona di un pubblico ufficiale, od agente della forza pubblica, per causa delle sue funzioni attuali o cessate.* Bruttissima imitazione del già troppo feroce articolo 533, n. 4 del codice Sardo, nella quale invece di mitigarla si è esagerato oltre misura la precedente ferocità.

Questo articolo invece di rispondere al vantato disegno della *graduale restrizione e soppressione della pena capitale* spalanca alle condanne di morte una via terribile e paurosa.

Questo articolo conculca tutti i precetti della giustizia distributiva; manomette le regole più sante della imputabilità; rialza il trono ad un draconismo intollerabile.

Qui troviamo la mostruosa parificazione della persona di un birro alla sacra persona dei genitori ed alla sacra persona del Re.

Qui l'omicidio commesso per vendetta di una funzione *cessata* (cioè per reazione malvagiamente deliberata contro un atto legittimo della autorità) si parifica con mostruosa ingiustizia allo omicidio commesso per *moto improvviso* sotto lo impulso del timore di una esecuzione *sovrastante* che minacciava *danni imminenti* al colpevole.

Qui si adegua nel capestro l'omicidio commesso per *impeto istantaneo di collera* all'omicidio freddamente premeditato; si adegua il sanguinario aggressore allo aggredito, il quale benchè *giustamente aggredito*, è pur sempre *aggredito* nella personale sicurezza da uomini che egli non cercava nè molestava.

Qui si danna a morte un uomo che ha delinquito per *eccesso di difesa:* difesa ingiusta, ingiustissima (ne convengo) ma che pur sempre ci presenta un uomo che ruina al delitto per lo irresistibile impulso della propría conservazione.

Qui si riproducono gli statuti del medio evo che proteggevano non l'uomo ma la livrea con una inesorabilità che non trova esempio neppure negli editti degli Imperatori di Oriente, i quali mai tutelarono i loro satelliti con amore cotanto cieco.

Un usciere si introduce nella casa di un povero artigiano e vuole asportarne le masserizie per la esazione di una meschina tassa. Il proprietario si oppone per lo amore della propria roba; nasce una lotta, e nella rissa l'usciere rimane ucciso. Appiccate quel proprietario come se fosse un parricida.

Un giovinetto giuoca alla ruzzola in una pubblica via. Una guardia di sicurezza doverosamente lo arresta. Ma il monello resiste; bisogna trascinarlo; esso si divincola, grida aiuto, piange, si lamenta. Quelle grida giungono all'orecchio della madre vicina. Essa si esalta a quelle grida, diviene una tigre a quello spettacolo, e come una tigre si slancia sull'agente della forza. Ecco la lotta, la rissa, il disarmo, la morte dello esecutore. Quella donna è colpevole e merita pena; nessuno lo nega. Merita ella di essere appiccata alla pari di un capobanda di ladroni o di un assassino!

Sia pure un contumace. A lui sovrasta grave condanna di galera. Lo istintivo amore della individuale libertà lo spinge a pigliare il largo. Conduce vita errante, angustiata, trepidante, vita di dolorose angustie, di privazioni e patimenti senza fine, perchè lo affetto di sè stesso e della sua libertà, e lo spaventoso presagio di una cella o delle catene

gli danno forza a sostenere ogni sorta di pericoli e di dolori. Finalmente avviene che un agente della forza lo raggiunge ed improvviso lo coglie. Egli lotta disperatamente per la propria salvezza. Ecco la rissa, le violenze reciproche: ecco sovrastante non solo il pericolo di essere condotto alla pena, ma anche il pericolo più imminente di danni gravissimi alla persona. I due impulsi della libertà e della salvezza personale si tramescolano in quella mente esaltata: e lo agente della forza cade vittima di un colpo mortale. Sì quel contumace fu colpevole: esso merita di essere punito, e severamente punito. Ma non è giusto che la sua pena sia quella serbata allo snaturato figlio che porse il veleno allo autore dei giorni suoi; o al vile sicario che per cento lire prestò il braccio alla strage di un proprio simile dal quale niente era stato offeso. È iniquità parificare quel contumace omicida per impeto alla turba dei facinorosi che notturnamente hanno invaso la caserma dei Reali Carabinieri, e li hanno con freddo animo sgozzati nel sonno.

Ecco il modo con il quale la Giunta rispose al voto della maggioranza della Magistratura italiana! Ecco come essa attenne la promessa della graduale soppressione e della *restrizione* della pena di morte *al minor numero dei casi possibili!* Ecco quali sono per lei i delitti *atrocissimi!* Bisogna bene avere preoccupato l'animo da un militarismo frenetico per denominare *atrocissimo* l'omicidio commesso da un disperato commosso dalla paura di esser condotto prigione.

Io vorrei interpellare ad uno ad uno quei dottissimi Magistrati, quali per motivi di loro coscienza (che io rispetto e rispetterò sempre) emisero voto contro l'abolizione immediata del patibolo nel senso della abolizione progressiva. Io vorrei dimandare loro se avessero mai lo intendimento di proporre la pena di morte contro gli omicidii commessi nell'*impeto di una passione!* E mi sento nell'animo la certezza che essi con la loro autorevole mano sarebbero i primi a cancellare la esosa lettera *c* dall'articolo 332 del progetto.

Per i casi dove la vendetta di un atto di giustizia si svolge in una *vera* e completa premeditazione quella let-

tera *c* è una *inutile superfetazione:* per i casi di risoluzione istantanea essa è una iniquità spaventevole, che può esporre alla scure il giovine più intemerato ed onesto per un momentaneo traviamento.

Se la sapienza altissima e la umanità e giustizia dell'attuale Ministro De Falco non mi facessero certo non essere fra i casi umanamente possibili che quel progetto dallo stato di mola informe faccia passaggio alla realtà di una vita estrauterina, vi sarebbe materia di un grosso volume per chi volesse notare tutti i guasti recati dalla Giunta Ministeriale al primo progetto della Commissione Reale; e tutte le contradizioni insidiose del colore di quella che ho qui avvertito, e tutte le viziose locuzioni a duplice senso, e le definizioni perplesse ed elastiche, e tutte le incoerenze che corrono tra i concetti enunciati in quei verbali e le formule degli articoli. Ma a me parrebbe sprecare il tempo in cosa inutile, ed imitare le allucinazioni del Cavaliere Della Mancia che combatteva i mulini a vento come se fossero giganti. Ho voluto soltanto portare il dito su questo articolo 332, perchè la massima cardinale allargata ed incrudelita dal nuovo progetto ha il suo germe fatale nell'articolo 533, n. 4 del codice Sardo, e perchè sotto questo articolo geme tuttora gran parte d'Italia; ed i fogli pubblici del giorno ripetono un caso terribile di error giudiciario verificatosi testè in Italia all'ombra di quell'articolo, che (se giustizia regna) dovrà essere cancellato dal nuovo codice penale qualunque sia la opinione che prevalga sulla questione del patibolo.

Intanto sia questo un primo saggio del come la Giunta riproducesse il mal consiglio che Dante trovò nell'inferno *del prometter largo con l'attender corto.* Si intuonò un'osanna di gioia quando l'assemblea della Confederazione del Nord revocando il primo magnanimo voto, sotto le pressioni governative decretò la conservazione della pena di morte. Si gridò Germania Germania: ivi è la scienza; ivi è l'ultimo progresso civile; si rispettino gli oracoli suoi. E poscia promulgato il nuovo codice dello Impero Tedesco se ne strombazzarono gli elogi nei pubblici fogli; se ne tradussero i brani a comodo di parte; e tutti credettero che i

nuovi legislatori italiani avrebbero nel loro progetto renduto omaggio alla sapienza Alemanna: e se non a quella rappresentata dalla scuola umanitaria, a quella almeno meno severa che aveva trionfato nel codice dello Impero. Ma no, che quando i nostri si furono accorti che nel codice dello Impero Tedesco (quantunque conservatore) vi erano dei notevoli progressi nel senso della giustizia distributiva e di una più equa proporzione di penalità, ben presto lo tolsero a schifo e tornarono ai vecchi amori. Tornarono agli amori del codice penale di Francia del 1810; del codice dello Impero Napoleonico; di quel codice vergato con la spada che fu giudicato il peggiore di quanti mai ne avesse l'Europa; e mentre spendevano mendace parola di voler correre nel mantenimento della pena di morte la via conciliatrice della *abolizione progressiva* essi attuarono il loro *progresso* con il tentare di sospingere il giure penale Italiano allo stato di sessanta anni addietro. Impiccateci se ne avete il potere, ma non ci deridete; nè crediate trovarci cotanto grulli da prestar fede alla umanità delle vostre forche.

Se lealmente si voleva restringere la pena di morte ai minimi casi possibili, perchè non imitaste il codice dello Impero Tedesco? Il codice di Bismarck punisce il parricidio di morte soltanto quando è *premeditato;* lo punisce con la casa di forza (§ 215) quando sia commesso per istantanea risoluzione: e voi (art. 332, lett. *a*) parificate nella pena di morte il parricidio consumato con freddo proposito, e il parricidio commesso nella vertigine di istantanea perturbazione di sdegno. Il codice di Bismarck (§ 251) punisce con la casa di forza il rapitore violento che nella consumazione del furto abbia ucciso il proprietario purchè la strage non fosse premeditata o preordinata: e voi (art. 430) punite di morte il ladro che abbia commesso omicidio per subitanea risoluzione. Il codice di Bismarck (§ 214) prepara la casa di forza a coloro che per consumare il delitto di esimizione abbiano DOLOSAMENTE ucciso un agente della pubblica forza; e voi (art. 332, lett. *c*) lo punite inesorabilmente di morte. Tutte le elaborazioni che ha ricevuto la scienza penale nell'ultimo secolo; tutte le più salde teoriche

sulla graduabilità del dolo; tutti gli esempi di altri legislatori che quantunque fermi nella via del rigore hanno dovuto obbedire agli insegnamenti del giure penale civilizzato; tutto questo non esiste agli occhi vostri abbacinati dal balenare della mannaia. È questa la vostra *graduale restrizione*, il vostro modo di limitare il patibolo ai *minori casi possibili*, ai soli reati *atrocissimi!*

Anche una volta ripeto; impiccateci ma non ci deridete.

Un altro esempio della sincerità con la quale la Giunta obbedì al vantato programma della *restrizione graduale* della pena di morte, lo porge l'art. 430, § 1, lett. *a* del progetto — ivi — *Il furto violento è punito con la morte, se è stato* ACCOMPAGNATO *da omicidio volontario.*

Tre sono le *forme* nelle quali può estrinsecarsi questa combinazione del furto e dell'omicidio obiettati ad una mano di malfattori come commessi da loro nello stesso contesto di azione.

1°. Il nesso di *fine;* nesso tutto *ideologico.*

2°. Il nesso di semplice *mezzo* senza preordinazione di fine; nesso puramente *ontologico.*

3°. Il nesso puramente *accidentale* della contemporaneità.

1°. — Il nesso di *fine* si ha quando nel disegno degli agenti si volle uccidere il detentore o custode della roba, od altra persona accorsa alla difesa della medesima per il *preciso scopo* di commettere il furto o di consumare la sottrazione; e questo è il solo caso nel quale i criminalisti anche meno benigni (come Boehmero e Cremani) ravvisarono l'odioso titolo di latrocinio, e riconobbero la giustizia di elevarne la repressione all'apice della scala penale. E dicesi appunto nesso ideologico, perchè nel disegno dell'agente si unificò il pensiero della strage e del furto preordinando quella alla consumazione di questo.

2°. — Il nesso è di *semplice mezzo* quando non fu ucciso pel fine di rubare; ma l'omicidio benchè non preordinato al furto servì *materialmente* a facilitarlo. È il caso non infrequente di chi in una rissa insorta per occasione subitanea di sdegno, venuto a lotta con il suo nemico, lo abbia trafitto, e poscia vedutolo cadavere abbia in quell'i-

stante concepito la idea di togliergli un qualche oggetto o denaro, forse per agevolarsi la fuga alla quale lo costringe il suo improvviso delitto. In questo caso furono unanimi tutti i migliori criminalisti a non riconoscere il titolo di latrocinio: perchè quantunque la strage avesse per la combinazione degli eventi servito di *mezzo* a rubare pure non era preordinata al *fine* di rubare. Vi era un nesso puramente *ontologico* non un nesso *ideologico*. I due reati non si unificavano in un solo pensiero criminoso, e non potevano formare un unico ente giuridico quando erano sorti da due proeresi separate e distinte. E questo dissero non latrocinio ma *omicidio susseguito da furto*, e insegnarono non potersi portare all'apice della scala penale.

3°. — Il nesso puramente *accidentale* della *contemporaneità* si ha quando nello stesso contesto di azione commettesi un furto e poi un omicidio: ma il furto non sia stato il *fine* dell'omicidio (prima forma) e neppure possa dirsi che l'omicidio abbia materialmente servito di mezzo al furto (seconda forma), cosicchè fra i due reati intervenga soltanto la coincidenza della *contemporaneità*. La quale, a vero dire, non è propriamente neppure un *nesso*, tranne per ciò che riguarda la competenza e l'ordine del procedimento. Ma i due reati si mantengono *indipendenti* l'uno dall'altro, così nel punto di vista della *intenzione* come nel punto di vista dell'*azione:* e formano due enti giuridici essenzialmente distinti. È il caso che mentre si va consumando un furto nasca una subitanea rissa per *altre cagioni* fra i ladri ed estranei, od anche fra gli stessi ladri; ed uno di costoro commetta omicidio. Ed anche questo caso i dottori insegnarono non costituire latrocinio, nè doversi a quello adeguare; nè sollevare agli apici della scala penale. Ma lo dichiararono *furto susseguito da omicidio*, il quale doveva reprimersi con le respettive pene minacciate ai due reati nè più nè meno come se fossero consumati in due tempi distinti. Ed a vero dire dove può essere mai la ragione di aggravare o qualificare un reato per causa di un altro reato, quando fra i due reati niente àvvi nè di materiale nè di intellettuale che li congiunga; ma soltanto si trovano insieme per l'accidentalità del tempo tutta indifferente ed

estranea alle respettive essenzialità loro. Lo spazio, così di tempo come di luogo, non unifica gli enti che in sè contiene se un vincolo più intimo alla loro vita non li congiunge. Nello stesso orto nascono e vegetano contemporaneamente lo spino e l'arancio, ma nessun rapporto interiore li lega l'uno con l'altro. Ecco l'omicidio ed il furto coesistenti nella contemporaneità, ma senza connessione fra loro. Stansi in quell'orto il palo, e la vite: distinti nella loro genesi respettiva, e nella propria natura (perchè da diversi germi prodotti, e separatamente alimentati e cresciuti) rimangono due enti distinti, ma pure sono legati da un vincolo che forma il *pedale*, perchè quello serve di sostegno a questa, e questa ha avuto bisogno di quello per sorgere a vita più prospera. Ecco l'omicidio che ha servito di occasione o di mezzo al furto, ma senza preordinazione dello agente. In quell'orto sta l'arboscello fornito di fronde, e di frutti: quelle fronde e quei frutti sono in loro distinte le une dagli altri; ma pure formano parte di un solo ente, ed in quello si unificano, perchè nate da un unico seme. Ecco l'omicidio a fine di furto, il vero latrocinio, nel quale l'omicidio ed il furto formano un solo ente giuridico non per ragione di contemporaneità, o di materiale coadiuvamento soltanto, ma perchè generati da un solo pensiero.

Queste distinzioni e queste regole non potevano essere ignote alla Giunta. Se dunque essa voleva sinceramente *restringere* la pena di morte ai *minimi casi possibili*, serbandola ai più immani e terribili reati, o (come essa diceva) agli *atrocissimi*, doveva colpire con l'art. 430 soltanto la prima forma che è comunemente riconosciuta come la più spaventosa e perversa tra gli omicidii, poichè nulla vi ha che tanto metta in timore gli animi dei cittadini, e tanto ne minacci le persone e la vita quanto l'avidità feroce di chi distrugge l'umana vita senza sdegno, senza odio, ed anche spesso senza personale conoscenza della vittima per sola sete di poco argento. A questa Jena terribile sarà dunque parificato colui che dopo l'omicidio divenne ladro per una istantanea risoluzione? Io ne ebbi il caso in pratica. L'autore di un omicidio commesso per subito sdegno veduto a terra la vittima raccapricciò del proprio misfatto:

pensò ai propri pericoli non tanto per parte della giustizia quanto per le vendette dei congiunti del morto. Sentì la necessità di una fuga immediata. Ma esso era scalzo: vide che l'ucciso aveva buone scarpe in piedi, le tolse via, se ne guernì i piedi, e fuggì. Appiccate dunque costui; appiccatelo, perchè il furto di quelle scarpe ha renduto *atrocissimo* quell'omicidio improvviso. La Giunta per minacciare la morte non ha eletto nè la prima formula nè la seconda: si è propriamente innamorata della terza, ed ha descritto il caso con tali parole (*accompagnato*) che conducessero al patibolo per la sola *contemporaneità*.

Se avvenisse il caso (Dio ne preservi la patria nostra) che il nuovo codice ottenesse sanzione a vergogna di tutti i penalisti d'Italia, tre accusati che avessero commesso omicidio nelle tre distinte forme surriferite sarebbero dunque parificati nel capestro, e troverebbero davvero una *legge uguale per tutti*, vale a dire per i più grandi e per i minori colpevoli.

Se vi è formula che presenti il vizio dello indefinito e della elasticità (peste abominevole di ogni dettato penale) tale si è quella dello *accompagnamento*. Lo accompagnarsi di un fatto ad un altro esprime per il suo naturale significato così lo stringersi dei due fatti in un solo scellerato pensiero come la casualità di trovarsi prossimi perchè avvenuti a brevissimo intervallo di tempo e l'uno di seguito all'altro. Ma lo spazio di tempo e di luogo sono potenze che congiungono insieme gli assassini e gli eroi, le più grandi scelleraggini e le virtù; i reati più gravi ed i minori; la bestemmia e la preghiera; la carità e la vendetta; senza che mai per effetto di tale contingenza i fatti umani cangino la singola natura di ciascuno di loro se altri rapporti o ideali o reali non li congiungono intimamente.

Con la formula *accompagnato*, colui che nell'atto di consumare un furto violento anche dei meno gravi venga a contesa con altri e lo uccida, dovrà subire il capitale supplizio. E come no? Il suo furto fu *accompagnato* da omicidio volontario.

Con quella formula se fra più coautori di un furto violento uno di essi commette omicidio alla insaputa dei com-

pagni, tutti devono essere dannati alla forca. E come no? L'art. 430 si esprime in un modo assolutamente *impersonale*. Essi sono tutti correi di un furto violento il quale fu *accompagnato* da omicidio volontario: tutti a morte. E che importa che abbiano le mani pure di sangue umano! La regola della non comunicabilità delle aggravanti fra i complici rimane uccisa dalla lettera perentoria dello art. 430. Esso non richiede nessuna partecipazione di atti o di volontà. La *contemporaneità* è tutto per lui.

Volete essere inesorabilmente tenaci nelle più intollerabili vie del rigore? Siatelo a posta vostra, che Dio vel perdoni. Ma non mistificate il pubblico simulando la mansuetudine dell'agnello e promettendo di ridurre la pena di morte ai *minori casi possibili ed ai soli casi atrocissimi*. Noi ci facciamo un dovere di rispettare le convinzioni scientifiche di tutti, anche le più avverse alle nostre; ma non sappiamo tollerare che un militarismo ed un draconismo feroce si presenti al pubblico illuso con il manto ipocrita di graduale progresso.

Fra gli argomenti che osteggiano la pena di morte il più generalmente sentito dai dotti e dai non dotti è quello desunto dalla sua irreparabilità. La frequenza di errori giudiciarii eccitando il pensiero di poterci trovare consegnati al carnefice anche senza essere colpevoli, scuote le coscienze di tutti, ed eccita timore per il proprio pericolo e ribrezzo per la sorte degli altri: e ciò rende odiosa una pena dopo la quale è impossibile una riparazione nemmeno parziale dello errore commesso.

A questo proposito la scuola di Lemaistre diede una risposta crudele ma leale. Diasi lode alla franchezza di costoro. A me spiace meno il cinismo che la ipocrisia. Essi confessano questo vizio, ma lo riguardano come un male inevitabile. Se uccidere i grandi colpevoli è una necessità della difesa sociale (essi dicono) bisogna mantenerla anche nella certezza che a certi periodi la scure vada a colpire una testa innocente. E cosa è la morte di un innocente rimpetto alla salvezza comune. È un destino della umanità che parecchie vite umane improvvisamente si tronchino nella guerra, nelle miniere, sul mare, ed in mille altre

giornaliere vicende. Una di tali vicende è quella che incontra l'innocente condannato a morte. E bisogna subirla.

Ma questo modo reciso di replica, come è ben naturale, non abbraccia i cuori che non siano temprati alla fucina del dispotismo. La religione e la giustizia dei magistrati italiani che dettero voto per la precaria conservazione del patibolo non poteva far propria questa risposta, degna dei cannibali, i quali dicono ai prigionieri, abbiamo diritto di mangiarti perchè abbiamo fame. Quei rispettabili sacerdoti di Temide riconobbero la gravità del pericolo; e perciò mentre consigliavano la conservazione della pena suprema pei delitti atrocissimi, consigliavano al tempo stesso che la irrogazione della pena capitale si circondasse di tali e tante cautele che rendessero certa la società della colpa del giustiziato. Se di questo voto sia possibile in terra la realizzazione, e quali siano i mezzi per avvicinarvisi, non è tema che io pigli ad argomento delle mie attuali meditazioni. Solo noterò che la Giunta ministeriale alla quale veniva consegnato quel voto della magistratura, si affrettava ad obbedirlo nella prima parte, ma lestamente si sbarazzava dalla seconda parte, allegando nei suoi verbali il pretesto che non era suo compito occuparsi di procedura. Quasichè repugnasse ad un codice penale decretare con un articolo la conservazione della pena di morte, e soggiungere nel tempo medesimo che l'articolo stesso non debba andare in esecuzione fino alla riforma dei procedimenti penali. Di simili condizioni in altri casi, anche meno gravi e meno importanti, potrei addurne classici esempi. Piacque invece di dire che intanto si filassero le corde all'uso di Piacenza, e si impiccasse la gente: alle guarentigie della innocenza si penserebbe poi.

Ma un terzo modo di replica a quello argomento terribile io lo udii in certe pompose declamazioni che quasi volevano mettere in ridicolo i nostri timori; ed è qui dove io trovo una delle solite arti dirette a mistificare il pubblico. Si dissero esagerati i nostri timori. Quasi impossibili oggi giorno gli errori giudiciarii in mezzo a tante guarentigie (e quali mio Dio!) concesse alla difesa: impossibili in faccia ai giurati: impossibili in faccia alla panacèa delle atte-

nuanti: essere le nostre tutte vecchie storielle di tempi barbari e di procedimenti aboliti: storielle da contarsi ai bambini, come quelle delle fate e di Gargantua. E così con il magnetismo del disprezzo si tentò di addormentare la pubblica coscienza.

Ma i fatti sono fatti. E le declamazioni e gli scherni non cancellano la storia.

I fatti sono fatti. E non passa mese che nei pubblici fogli non leggasi il doloroso annunzio di qualche errore giudiciario: e pur troppo simili casi non sono tanto rari neppure in Italia. E se vi fosse chi diligentemente riunisse e raccogliesse in un volume quei fatti, il volume nel giro di pochi anni raggiungerebbe una mole paurosa.

Intanto due freschissimi casi io ne leggo testè pubblicati.

L'uno lo trovo nel *Giornale dei Tribunali di Milano* al *n.* 20, *anno* 1°, *pagina* 79, ed è la lugubre storia di un certo Kisselevith giustiziato in Odessa come colpevole di assassinio, e che oggi si è riconosciuto innocente perchè discoperto l'unico autore dell'assassinio in altro individuo.

L'altro è proprio in casa nostra, e va ad occupare attualmente la Corte di Cassazione, e se ne è pubblicata la storia in questi ultimi giorni dal *Corriere d'Ancona* sotto gli occhi della autorità locale. Trattasi di un certo Antonio Cappelletti tradotto alla Corte di Assise di Ancona sotto la imputazione di avere ucciso un gendarme nello esercizio di sue funzioni: reato che per l'art. 533 del codice Sardo vigente per ora in quelle provincie avrebbe portato alla morte. Il Cappelletti alla udienza del 14 maggio 1868 dichiarato autore di quello omicidio sarebbe stato condannato alla forca se la Provvidenza non avesse ispirato ai giurati la dichiarazione delle attenuanti, che autorizzò la Corte ad infliggere soltanto la galera a vita a quel disgraziato. Il misfatto era indubitatamente commesso da un solo individuo. Ma ecco in questi ultimi giorni comparire in faccia a quella medesima Corte di Ancona un Andrea Gasparri: ecco un cumulo di irrecusabili prove mettere in chiaro la colpevolezza del solo Gasparri: ecco un secondo verdetto della Corte di Assise di Ancona che condanna come *unico autore* di quell'omicidio il Gasparri; ed ecco

chiarita così la innocenza del Cappelletti. Ecco che questo infelice attende oggi dalla Corte di Cassazione l'annullamento della sua ingiusta condanna, e da un nuovo verdetto la propria riabilitazione. Ma se l'urna fatale avesse vomitato il nome di qualche giurato crudele o zelante, o militarista, le ceneri del Cappelletti non potrebbero oggi attendere che le lacrime di un tardo ed inutile pentimento.

Non passa settimana che qualche pubblico foglio non ricordi dolori consimili; ed ecco che mentre scrivo mi giunge il *n.* 6, *anno* 2°, del *Giornale dei Tribunali* di Milano, che accenna al caso luttuoso di Michele Esposito napoletano. *Nulla dies sine lacryma!*

Ma intanto (si dirà) voi vedete che le circostanze attenuanti hanno salvata la vita di un innocente. Bel conforto davvero! Questa è una *speranza* ma non una *sicurezza.* Certamente in faccia alla permanenza delle forche il temperamento delle attenuanti si deve dire benemerito: perchè se non gioverà in tutti i casi, *potrà* in qualche caso giovare; e questo è pure qualche cosa. Ma il buon senso basta a mostrare che rendere possibile il diradamento del pericolo non vale lo stesso che fare scomparire il pericolo. La esperienza mi ha mostrato (e lo mostra a tutti ogni giorno) che anche nella dichiarazione delle attenuanti la giustizia posta in mano ai giurati ha per duce non più la *bilancia* ma l'*urna,* emblema delle bizzarrie della sorte: onde io ripeto ciò che pubblicava fino dal 1841 in un mio scritto sulla procedura francese, che con il sistema moderno si giuocano le teste degli uomini ad una lotteria. E qui mi piace fare adesione al pensiero testè manifestato in un suo scritto dal De Gaetani che cioè gli errori giudiciarii sono più facili con il metodo dei giurati che non con il metodo dei magistrati permanenti. E questo io lo dico per esperienza: e la ragione deve confermarlo a ciascuno che esamini il dubbio se sia più facile essere ingannati dal *sentimento,* o più facile essere ingannati dal *ragionamento.* Nè questo io dico per maledire alla giurìa. Dio me ne guardi. Teoricamente e nel punto di vista giuridico io non ho simpatie per questa istituzione che paralizza la scienza. Ma nelle attuali condizioni di Italia; in mezzo ai nostri scom-

pigliati procedimenti penali; in faccia ad un potere esecutivo perpetuamente invasore del santuario della giustizia, io mi genufletto alla giurìa come all'arca santa; io l'adoro come l'unico palladio che tenga vive le libertà civili in Italia. Ciò che ho detto pertanto io l'ho detto al solo fine di combattere le visioni di coloro che credono doversi mantenere tranquillamente la pena di morte fra noi perchè i giurati ci fanno salvi dal temuto flagello degli errori giudiciarii.

Che se più addentro e scientificamente si guarda questo argomento delle attenuanti, necessariamente si scorge che esso ha per contenuto uno dei più deplorabili errori della vecchia barbarie. Infatti si va dicendo al pubblico non potersi temere la calamità di un errore giudiciario in causa capitale, perchè si può esser certi che quando ai giurati rimarrà *un dubbio* sulla colpevolezza del giudicabile essi saranno pronti a farsi tranquilli con la dichiarazione delle attenuanti. Ma sanno essi i nostri oppositori qual'è la dottrina che essi risuscitano con questo ragionamento? È una dottrina medioevale. È una dottrina anatemizzata e proscritta da più di un secolo da tutti i buoni criminalisti. È la dottrina della *quantità della pena misurata sulla quantità della prova.* È la regola dei vecchi pratici che non possa applicarsi la pena ordinaria dove non si è ottenuta la *prova piena.* Inutilmente per più di un secolo sudarono i dotti a mostrare tutto quello che vi era di erroneo e di assurdo nella teorica che proporzionava la pena al numero degli indizi. La teorica universalmente rejetta si rialza gigante, e si proclama dagli officiosi dei nostri legislatori quando gridano ai giurati che se hanno *dubbi* condannino a pena minore. Si rialza ma peggio ancora che prima: poichè se un tempo questa dottrina dava una ragione di calcolo che per quanto falsa ed ingiusta poneva in mano ai magistrati una norma di proporzione uniforme e costante; essa nella sua forma odierna affida la sorte dei giudicabili alla fortuna.

Ma quando parlasi di errori giudiciarii non guardasi la questione nel suo *completo* punto di vista se si limita la ricerca statistica ai soli casi di *condanne definitive ed irretrattabili.* Questo è un errore da me rilevato (come ho

detto) altra volta. Per completare lo studio statistico bisogna noverare le sentenze capitali che furono e sono ogni anno cassate per le eventualità di qualche vizio di forma. E di più bisogna non dimenticare questa verità che lo errore giudiciario non consiste soltanto nel *condannare a morte un innocente;* ma consiste altresì (ed è non meno deplorabile) nel condannare a morte un colpevole che aveva meritato soltanto la reclusione o la galera: e sfido a negarlo. Correndo su queste idee bisogna confrontare i verdetti capitali cassati con i successivi verodetti emanati dalle Assedi di rinvio. Io meschino privato non ho le lunghe braccia che hanno i Procuratori del Re per porre in sodo questi raffronti con numeri positivi. Ma vi dico con fiducia di non mentire che questo raffronto vi darà sempre un risultamento eloquentissimo. Su cento verodetti capitali cassati troverete un venti per cento che dalle Assisie di rinvio si convertirono in verodetti di assoluzione. Io stesso coadiuvato dallo illustre Avv. Puccioni ottenni dopo due sentenze di condanna per assassinio, e dopo due fortunate cassazioni, due terzi giudicati che verificarono la piena innocenza di due disgraziati, vittime di mendaci apparenze. Troverete poi sul rimanente un altro sessanta per cento di verodetti che ridussero la colpabilità degli accusati a proporzioni minori. Questi sono fatti. E cosa significano questi fatti? Significano che tutti quei casi furono altrettanti dolorosi esempi di errori giudiciarii. Cosa diranno su ciò gli oppositori? Oseranno forse insinuare che in tutti quei casi lo errore fu nelle ultime sentenze e non lo fu nelle prime? Se ardissero tanto io dimetterei ogni ritegno, e direi loro che non sono guidati dalla ragione ma dal fanatismo; poichè nella ebbrezza dello amore per il carnefice essi demoliscono il tempio della giustizia gettando nel fango l'autorità della reiudicata, alla quale dovrebbero (essi per i primi) inculcare al popolo la reverenza.

Diranno forse che intanto anche in tutti questi casi la Cassazione provvide alla tutela della innocenza, e che anche ciò dirada i pericoli? Lo dicano pure: e chi lo contrasta? Ma la questione sta nel sapere se gl'innocenti per dormire sonni tranquilli nella sicurezza di non essere impiccati deb-

bono confidare nella *legge* o soltanto nella *fortuna*. Voi mi dite che lo innocente deve sperare che l'urna getti fuori il nome di sei giurati abolizionisti, i quali faranno di tutto affinchè non si erga il patibolo: ed io rispondo, questo è *fortuna*. Voi mi dite che lo innocente deve sperare che l'urna getti fuori i nomi di sei giurati dubitosissimi, i quali non accederanno alla pronunzia fatale tranne dove scorgano luce meridiana: ed io rispondo, questa è *fortuna*. Voi mi dite che lo innocente deve sperare nella ignoranza del Cancelliere, il quale con la dimenticanza di una forma renda possibile la cassazione dello ingiusto verdetto, ed io torno a rispondere, questa è *fortuna*. È giuoco di fortuna simile a quella nella quale confida il cittadino quando informato che un nemico lo aspetta per insidiargli la vita ha speranza che la palla micidiale non lo colpirà, o lo colpirà nelle parti meno interessanti del corpo. E sta bene che noi tutti dobbiamo confidare nella Provvidenza divina. Ma se la legge deve anche essa rinviarci alla Provvidenza divina, la legge che è la Provvidenza umana rinnega la sua santa missione. Tutte quelle speranze nella fortuna possono non verificarsi. Ciò è avvenuto ed avviene. Dunque si cessi dalla jattanza che gli errori giudiciarii sono oggi impossibili.

I verbali di motivazione preposti ad un progetto di legge possono talvolta velarne gli errori, e talvolta farli apparire scusabili: ma quando fra quelli e la legge non vi è nesso logico, o (peggio ancora) quando vi intercede aperta contradizione, ne sono la più recisa condanna.

OSSERVAZIONE VI.

Si dimostra che quando il legislatore stabilisce il *rito* che deve essere di freno agli agenti della giustizia e di guarentigia alle libertà civili, non deve contentarsi di dare dei *consigli*, ma deve comporre *ordini* che abbiano sicurezza di essere rispettati.

Suggesto.

Ma le mistificazioni non sono il privilegio soltanto delle giunte ministeriali; o dei sommi oratori in occasioni solenni: in quelle furono sovra tutti eccellenti i compilatori dei nostri ordinamenti di procedura penale. Chi ne studi i volumi trova con la più minuta diligenza raccolti i migliori, e più salutari provvedimenti perchè dai pubblici funzionarii inservienti al movimento della giustizia facciasi quanto è richiesto dal rispetto alle libertà civili, e niente si faccia di quanto possa fuorviare dalla ricerca del vero nelle indagini criminali. Non mancano i divieti, non mancano le prescrizioni; ad ogni pericolo di sopruso si oppone un impedimento; nessun dovere di umanità si dimentica: si va persino a descrivere minuziosamente ciò che dovrà farsi dagli agenti della pubblica forza quando trovino giacente infermo un cittadino del quale sia loro ordinato l'arresto. A tanto spolverio di cautele, a tanto calore di pietà, a tanto zelo per la protezione della innocenza, e per il servigio della verità, gli illusi che più oltre non guardano, e che non veggono la vita pratica di quei dettati, non sanno comprendere il biasimo che da ogni lato risuona contro i nostri

penali procedimenti. La ragione del biasimo è semplice quanto giusta: tutte quelle pompose parole non sono che mistificazioni.

Che valgono infatti i divieti, che valgono gli ordini quando sono destituti di ogni sanzione? E prive affatto di sanzione sono la maggior parte delle disposizioni più salutari contenute nella nostra legge di procedura, perchè rarissimo tenne dietro a loro il fulmine dello annullamento, nè si pensò ai modi di apportare riparo alle loro violazioni. Faccia pure un pubblico funzionario in ogni suo passo l'opposto di ciò che vorrebbe la giustizia, e di ciò che ordina il codice. Non si occupano di queste consuetudini i superiori; gli uguali se ne allettano alla imitazione; gli Avvocati strillano al vento; e la povera gente è vittima dei soprusi senza speranza di riparazione, perchè la legge alle riparazioni non ha provveduto.

Il rito penale deve essere il più solido baluardo delle libertà civili, il più potente fattore della giustizia, il più grande tranquillizzatore degli uomini onesti: ma perchè sia tale bisogna che sia rispettato: e perchè sia rispettato non basta che la legge ne abbia consegnato la obbedienza alla libere volontà degli esecutori; bisogna che le violazioni del rito portino seco loro la nullità degli atti violatori; altrimenti la legge non ha dettato un *comando*, ma un mero *consiglio;* e non è più la legge quella che impera, ma dispotico impera lo arbitrio dell'uomo.

So benissimo che non tutte le forme del rito penale possono tutelarsi con la sanzione di nullità, onde troppo non se ne impacci il movimento della giustizia punitiva. Conosco ed accetto la distinzione fra *nullità* ed *irregolarità*. Ma conosco altresì che i prudenti e leali legislatori applicarono quella distinzione relegando le *irregolarità* a quelle violazioni che non interessano alla sostanza del giudizio, e serbando gelosamente le *nullità* a tutte quelle violazioni di rito che tengono alla sostanza del giudizio, e che porrebbero a repentaglio la verità e la innocenza.

Ma che sperare dai legislatori i quali esordiscono dal pensare che le leggi *penali* e le leggi di *polizia* formino un unico *corpus juris!* Siamo agli antipodi.

Ora per una fatalità inesplicabile nel codice di procedura Italiano è avvenuto precisamente l'opposto. Si annulla talvolta un atto, si annulla un giudizio per omissioni di lieve momento. Ma siate pur certi che dove un *pubblico funzionario* ha abusato delle proprie funzioni in spreto degli ordini della legge o commettendo o omettendo, non trovasi sanzione di nullità, ed è forza soffrire le pericolose conseguenze dell'atto illegale. Sonovi senza dubbio delle prescrizioni direttive degli agenti pubblici, le quali si connettono con la convenienza meglio che con la vita del giudizio penale. E queste i sapienti legislatori formarono argomento di regolamenti speciali dando loro il nome di *istruzioni*, o *discipline*, o *dichiarazioni*, od altro simile; ma non il nome di *legge* o di *codice*, perchè sapevano benissimo che un codice deve essere un codice; e che per essere un codice ha bisogno che ai suoi precetti si congiunga la forza coattiva indispensabile alla loro osservanza. Eppure anche i nostri legislatori sapevano ciò. Essi avevano fatto il codice (o *legge*) del contrabbando, il codice daziario, il codice del notariato, il codice delle armi, ed altri ed altri; nè mai finchè COMANDARONO AI PRIVATI dimenticarono le opportune sanzioni: e grande fu la prontezza e la cura con la quale le aggiunsero. O perchè dunque quando dettero opera alle sicurtà del rito penale dimenticarono questo bisogno e si appagarono di dare dei *consigli?* Perchè quando PARLAVANO AI PUBBLICI FUNZIONARI, ed a loro volgevano i comandi e le proibizioni, lasciarono la obbedienza in piena loro balìa? Taluno questo *perchè* troverebbe nel semplice fatto che all'opera legislativa sovrastavano *gli stessi pubblici funzionari.*

Fatto è che sono senza numero gli articoli del codice di procedura i quali possono a proprio talento disprezzarsi dagli agenti del potere, senza che per questo male si porga una via di riparazione al cittadino che ne fu vittima. Si confiderà forse in una querela di abuso di uffizio? Difficile a sostenersi quando una violazione di rito nasconde un'altra violazione di rito; difficile a sostenersi, perchè sempre si spezza contro il solito scoglio dello zelo e della mancanza di dolo posti sull'ara dallo spirito di corpo; inutile a cimentarsi perchè non ripara ai patimenti sofferti.

Illustrerò la mia tesi scegliendo un solo fra i moltissimi esempi che potrei recare innanzi di questo perpetuo vizio del nostro codice di procedura penale. Mi fermerò sull'articolo 85 che parlando ai giudici istruttori dispone — ivi — *Sono vietate le domande suggestive.*

E chi àvvi che ignori tutte le brutture del vizio del suggesto negli interrogatorii sia degli inquisiti sia dei testimoni? I dialettici lo dimostrarono pernicioso alla verità: i giuristi nemico della giustizia: i pubblicisti lo denunciarono come uno dei più perfidi istrumenti di ferrei tempi nei quali la giustizia non vergognava armarsi di tranelli, di violenze e di tradimenti. A questo anatema universale risposero con fulminanti divieti i savi legislatori. Ed anche i nostri codicizzatori vollero far mostra di aborrire quel vizio. Ma cosa dissero? Vane parole. Con quali provvedimenti ci fecero salvi da quel pericolo? Chi li cerchi per tutto il codice stringerà come Issione una nuvola.

Se un giudice istruttore, oppure un procuratore del Re quando lo prende fantasia di fare da sè stesso gli interrogatorii (opera inconvenientissima ad un organo del potere esecutivo); oppure un Pretore; oppure un vice Pretore; oppure un applicato, un apprendista, un altro chiunque che sotto qualsivoglia nome si trovi là a cuoprire una sedia per eseguire gli incarichi datigli dal Pretore che ama meglio occuparsi di altro; quando in una parola lo interrogante bersagli per tutto il corso del processo ed inquisiti e testimoni con i più schifosi suggesti, qual rimedio potrà portarvi il più zelante patrono? Nessuno: assolutamente nessuno, perchè le interrogazioni *più non si scrivono oggidì nei processi criminali.* Questo costume insegnato dalle vecchie pratiche, osservato da più di un secolo nella Toscana, di scrivere esattamente in processo tutto il tenore della interrogazione diretta allo esaminato è oggi abolito dalla pratica attuale. Invece di scrivere la interrogazione si supplisce con la formula comodissima — *interrogato opportunamente.*

Lo interrogante dimanda — *quel foglio che vi fu rubato era della banca di Napoli?* Risposta — *Sì signore.* Oppure — *sappiamo che voi vedeste Cajo uccidere Sempronio; badate*

di dirlo altrimenti correte rischio di esser preso per falso testimone — Risposta — *È verissimo.* Ed ecco che si scrive — *opportunamente interrogato; ha dichiarato che gli fu rubato un foglio della banca di Napoli* — oppure — *opportunamente interrogato; ha dichiarato che vide Cajo uccidere Sempronio.* Cosa farà il difensore per sindacare il vizio del *suggesto* in quello interrogatorio, con un processo scritto nel modo suddetto? Risponda chi sa. Ma se nulla può fare, a qual pro dettare un articolo di codice per vietare il *suggesto?* All'unico pro di aver sembianza di dotti e di liberali.

Non mi si apponga il pensiero di volere fulminata la nullità dei processi dove si trovino interrogazioni suggestive. Questa sarebbe una utopia perchè ai giorni che corrono non si salverebbero dieci processi sopra cento: ed io sono nemico delle utopie, e protesto contro simile insinuazione.

No: la sanzione contro il *suggesto* non la può dare il codice con lo annullamento del processo. La sanzione contro il *suggesto* la dà la scienza; la dà la logica; la dà la religione dei futuri giudicanti. Perchè il giudice saggio quando trova una risposta data al seguito di una interrogazione suggestiva diffida nella sua coscienza della sincerità di quella risposta, e non vi dà fede, e la esclude dagli elementi probatorii su i quali ragiona la sua convinzione. E quando un testimone ha narrato una circostanza perchè a lui suggerita dal giudice; ed un altro testimone ha taciuto affatto di quella circostanza perchè a lui non fu suggerita, il giudice coscienzioso dà piena fede al secondo deposto e la nega al primo. E quando il teste ad un secondo esame ritrattando una circostanza che trovasi scritta in un suo primo deposto deduce averla detta la prima volta perchè a lui fu suggerita dallo interrogante, il magistrato coscienzioso che trova effettivamente essere intervenuta quella suggestione si persuade dello errore del processante e non sospetta per *varietà* il testimone. E quando alla pubblica udienza un accusato che venne ritrattando una dichiarazione registrata come sua nel processo scritto, deduca che egli la emise perchè suggerita

dallo interrogatore, il giudicante verificando nel processo lo avvenuto suggesto più non potrà portare lo addebito di mendacio contro l'accusato. La sanzione del divieto dei suggesti è la loro *inefficacia* a favore della accusa. Questa inefficacia la pronunzia il giudice per virtù della sapienza e criterio proprio ed anche senza speciale precetto di legge. Ma non sarebbe male che la ricordasse anche la legge: e lo potrebbe con una semplicissima formula. All'articolo che dispone *sono vietate le interrogazioni suggestive*, si aggiungano queste sole parole — *e le risposte date al seguito di suggesto sono inattendibili*. Ed ecco che quell'articolo non è più una mistificazione ma un serio precetto di legge perchè munito di *sanzione*. Ecco le naturali sanzioni che riparano a questo vituperoso vizio del suggesto. E queste non sono parole mie. Si interroghino quanti sono i dottori della pratica criminale; e tutti o con parole italiane o con parole latine vi ripeteranno questa sanzione.

Ma perchè la sanzione indispensabile alla buona giustizia si possa ottenere a far tranquilli gli onesti contro i tranelli di un inquirente animoso, bisogna che la sanzione stessa sia *preparata* dal codice. Il codice non deve *dettarla* esso, ma prepararle il terreno.

E per prepararla e renderla possibile bisogna che il codice chiuda le vie misteriose per le quali o la ignoranza o la infingardìa o la nequizia dello interrogante ha velato i più osceni suggesti con la formula *interrogato opportunamente*. Bisogna che il codice imponga (e questo a pena di nullità) doversi ogni interrogazione registrare in processo letteralmente, intera, tale quale dallo istruttore fu diretta allo esaminato. Allora si potrà avere una guarentigia che i suggesti cesseranno di fatto, perchè gli istruttori avranno vergogna di scrivere una formula di interrogatorio che li disonora, e non volendo commetter falso ne perderanno la prava abitudine. Allora il male cesserà, purchè cessi ancora un'altra piaga delle inquisizioni italiane: purchè (voglio dire) il *dualismo continuo* negli atti di istruzione cessi di essere anche esso una mistificazione e divenga una verità costante.

Ma il nostro codice di procedura che tanta diligenza

mostrò nel proibire si scrivessero le risposte con *parole abbreviate* (che diligenza!) non si curò di mantenere l'obbligo della riproduzione fedele degli interrogatorii; ed il perchè lo sappiamo. Sicchè i suggesti con i quali ogni giorno si faccia dire dagli esaminati ciò che desidera lo interrogante, rimangono consegnati all'aria della stanza, e coperti perpetuamente in processo dalla prediletta formula *interrogato opportunamente*. Eppure ciò che io desidero si è fatto per secoli. Andate negli Archivi e studiate i processi dei secoli decimosesto, decimosettimo e decimottavo; e mi darete ragione. Esaminate i processi fatti a migliaia in Toscana fino al 1865, e ripeterete che ho ragione. È dunque una *riforma* quella che si è fatta. Una *riforma* operata dai nemici delle riforme. Ma era una *riforma* che battezzava come progresso il regresso: era una *riforma* che allungava le braccia all'arbitrio, e perciò non faceva paura.

Non è dunque meraviglia se un mio amico (già rispettatissimo lume nella magistratura, ed oggi mio collega nel patronato) inutilmente tentò un ricorso alla Cassazione di Firenze su questo terreno. Indignato, esso vecchio ed onestissimo giudice istruttore, indignato a buona ragione contro lo *interrogato opportunamente* ne fece motivo di reclamo per annullamento di un processo alla Cassazione di Firenze. Ma ne ebbe la peggio. E non poteva essere diversamente, perchè a quella Corte non si poteva denunziare un *suggesto* ma un sospetto di *suggesto;* nè la sapienza dei magistrati supremi poteva trovare nel codice di procedura il più piccolo addentellato per rialzare il trono della verità.

Ma come mai può essersi di così dura cervice da non capire che lo interrogatorio è un *fatto giuridico* ? Da non intendere che *questo fatto giuridico* si compone dei due *essenziali* elementi della interrogazione e della risposta ? Come non comprendere che un fatto giuridico costituito da due elementi rimane *incompleto* e *monco* se difetta di uno dei due ? Tanto è incompleto lo *interrogatorio* se gli manca la risposta, tanto è incompleto se gli manca la *interrogazione*. Non più può affermarsi che un processo cri-

minale constati gli *interrogatorii* dei testimoni o degli accusati, quando presenta a chi lo studia le sole *risposte*, lasciando a lui la cura di indovinare come sa e può le dimande.

Anche *logicamente* guardata la cosa è certa che domanda e risposta formano in ogni colloquio un unico *insieme:* e che non può in moltissimi casi concepirsi una idea *netta* e completa della risposta se non si congiunge con il contenuto della dimanda.

E non è poi ridicola quella cura di ripetere e ripetere come se fosse formula sacramentale quel perpetuo *interrogato opportunamente!* Mistificazioni, sempre mistificazioni, per darsi sembianza di osservare un rito dove si fa il libito proprio. Potrebbe andarsi per la più corta: e scrivere — *l'accusato è stato interrogato dal giudice, ed ha risposto come segue, ecc. ecc.* — Cosa aggiunge di più lo *interrogato opportunamente?* Si risponda se si può: e si giustifichi questa formula insulsa ed inaudita fra noi.

Questo esempio è uno fra i cento che potrei svolgere per mostrare come oggidì siasi gettata alla ventura non solo la sorte dei giudicabili ma ben anche il sacrosanto rito penale. Ma questo è un tema che mi opprime il cuore. Eppure (chi il crederebbe!) vi sono uomini ai quali paiono troppe le tutele fornite dal nostro codice alla verità ed alla innocenza. In un volume dove si raccolsero molti suggerimenti presentati al Ministro Guardasigilli (ed alcuni mi parvero lodevoli ed utilissimi) uno io ne lessi del quale non volli cercare l'autore per tema di menomarne la reverenza. Costui proponeva recisamente che si *abolissero tutte le nullità di forma.* Meglio valeva proporre la istituzione del Cadì. Ed io sono vissuto tanto da vedere queste cose in Italia: e non nella Italia di Metternich o di Crenneville, ma nella Italia redenta!!...

OSSERVAZIONE VII.

Si dimostra la utilità che nel descrivere i reati perseguitabili a sola querela dell'offeso si definiscano eziandio le condizioni morali e giuridiche nelle quali dovrà versare l'offeso stesso perchè sia efficace la sua querela.

Adulterio a danno di coniuge pazzo.

È un principio non suscettibile di discussione, perchè fondato non sulla sola ragione giuridica ma sullo stesso senso comune, che il pazzo non abbia capacità di stare in giudizio nè come attore, nè come reo convenuto. Da lato a questa regola sorgono in tema di adulterio due altre regole ugualmente certe oggidì, perchè accettate da tutte le Legislazioni e da tutte le Giurisprudenze contemporanee. L'una è quella che per il delitto di adulterio non possa procedersi criminalmente dal Pubblico Accusatore senza formale querela e persistenza del coniuge offeso. L'altra è quella che quando il coniuge offeso sia minorenne o interdetto la facoltà di querela debba sempre rimanere a lui personale; nè possa mai la relativa facoltà esercitarsi dal tutore o dal curatore.

Queste tre regole insieme combinate, ciascuna delle quali isolatamente non può come assioma generale impugnarsi, danno però occasione ad una curiosa ed interessante ricerca quando vengano a combinarsi, ed in certo modo ad urtarsi fra loro. Che dovrà dirsi del caso in cui l'adulterio si commetta a danno di un coniuge già interdetto per causa di pazzia?

Questo problema si presentò in Francia; ma in una forma *mista:* perchè là trattossi di un marito che già aveva presentato regolare doglianza contro la moglie per adulterio; ed era poscia caduto in demenza completa. La disputa allora sorgeva sul terreno della desistenza, o remissione, o perdono. Pretendevasi dalla difesa che la pazzia sopravvenuta dopo la data querela dovesse equivalere al perdono. Dicevasi essere tale effetto una deduzione del principio giuridico che ad integrare la persona dell'accusatore vuole la perseverante concomitanza della volontà del marito; venuta meno la quale per incapacità giuridica di volere, scompariva la personalità legittima dell'accusa: avvalorarsi questa tesi dalla presunzione che l'animo umano inchini al perdono, e doversi presumere che il marito avesse presentata querela nel divisamento di atterrire la donna e poscia riguadagnarsene l'amore con la clemenza: avvalorarsi eziandio dall'altro cardine di ragione che le conseguenze del fortuito debbano ricadere sopra l'individuo che ne è colpito; ed essere una ingiustizia portare a carico della misera donna lo infortunio di quella demenza che le toglieva la possibilità di un perdono al quale la legge le aveva guarentito il diritto. Queste ed altre simili argomentazioni ingegnose non valsero allo scopo loro; e le Corti di Francia tennero fermo. E quantunque certi motivi empirici e piuttosto poetici che piacquero in Francia non finiscano di persuadermi, pure io credo che quella soluzione per quanto dura sia la più vera. Non può infatti riconoscersi nella pazzia un *equipollente* della renunzia; ed al fatto *positivo* che tassativamente chiede la legge sostituire lo stato puramente *negativo* della impossibilità di quel fatto.

Ma la questione che oggi io contemplo cade sul diverso terreno della *querela non data:* non data perchè lo adulterio si consumasse in onta al marito già per demenza interdetto; o non data perchè il morbo funesto ne avesse impedito il coniuge offeso.

Su questa ipotesi non si presentano che quattro soluzioni possibili.

O bisogna recedere dalla prima di quelle tre regole generali; ed ammettere il pazzo a presentare querela contro il coniuge adultero.

O bisogna recedere dalla seconda regola, ed ammettere eccezionalmente l'azione libera del Pubblico Ministero.

O bisogna recedere dalla terza regola, ed autorizzare alla querela il tutore o curatore dell'interdetto.

O bisogna tollerare quello che si denuncia come un inconveniente, vale a dire la impunità del coniuge adultero guarentita dalla legge.

1° La prima soluzione, quantunque sia la più ardita, si è propugnata testè da un valente Criminalista, al quale professo sincera stima e grandissima. Egli spaventato dalla conseguenza di quella impunità non ha esitato a propugnare la tesi che anche il marito pazzo possa ammettersi a dar querela contro la moglie, subordinatamente però a certe ragionevoli condizioni. E le condizioni proposte consisterebbero in un decreto del giudice il quale presa diligente cognizione dello stato di mente del coniuge offeso lo dichiarasse assai intelligente per comprendere le cause e le conseguenze della doglianza che egli intende presentare.

Siffatta tesi si adagia sopra una osservazione la quale forma il postulato cardinale di tutta questa dottrina. Si osserva cioè che non tutti i pazzi sono interamente pazzi: che in molti perdura relativamente ad alcune idee un qualche raggio della divina scintilla in mezzo al turbine ed alle tenebre nelle quali in ordine ad altre idee si smarrì lo intelletto. Che perciò niente repugna riconoscere che al demente interdetto, quantunque spogliato della *capacità giuridica* di volere, possa rimanere la *capacità naturale*. E quando un Magistrato siasi per indagini coscienziose e mature assicurato di quella capacità naturale; e conseguentemente fatto tranquillo che lo interdetto comparso davanti a lui a dolersi del coniuge adultero comprende pienamente ciò che fa e ciò che vuole, esso deve ascoltarlo, e sulle istanze di lui instaurare il giudizio criminale senza tener conto della interdizione..

I più famigerati psichiatri ed alienisti contemporanei negherebbero ogni primordio di discutibilità a questo assunto, negandone il postulato; perchè non ammettono quello stato di semi-pazzia che è il fondamento di tutta questa teorica. Ma sia che vuolsi della più moderna opinione nel punto di

vista fisiologico io non credo possibile che la pratica forense possa adattarsi mai alla negazione di ogni frazionamento di imputabilità; negazione che condurrebbe la giustizia punitiva al terribile dilemma della pena ordinaria o della plenaria assoluzione in tutti quei casi che oggi si vogliono chiamare stati dubbiosi dell'animo. Non sarebbe dunque da questo lato che in me sorgerebbero i dubbi contro la tesi così abilmente propugnata dal mio giovine collega: bensì da altre considerazioni.

In primo luogo osservo che questa non sarebbe veramente una *soluzione* del problema: ma un semplice *espediente* come direbbesi dai Francesi. La recognizione della attitudine ad una intelligente volontà naturale nello interdetto per demenza, sarebbe sempre a prevedersi come rara, e verificabile nel minor numero dei casi: e nel numero maggiore rimarrebbe sempre il problema.

Osservo in secondo luogo che per quanto il giudizio del Magistrato dovesse circondarsi dal presidio dei tecnici e delle più rigorose cautele, verrebbesi pur sempre ad accordare troppa potenza all'arbitrio del giudice; la difesa opporrebbe naturalmente perizie a perizie; e rimarrebbe sempre un *dubbio* nella pubblica opinione; la quale più volentieri si adatta alla applicazione della vecchia sentenza *in dubiis abstine.*

Finalmente ciò che prepondera, a parer mio, è la previsione del ritorno possibile dello interdetto allo stato di perfettissima sanità. E se verificatosi questo evento il coniuge infelice facesse bugiarde le diagnosi ed i giudizii di quei periti e di quel giudice che a lui dettero ascolto quando era pazzo, che sarebbesi egli fatto col dargli ascolto? Il momento che inebriava quell'uomo della più sublime gioia per la ricuperata salute voi lo avrete convertito nel più terribile istante della sua vita, quando immemore affatto di ciò che disse sotto l'influsso del morbo chieda conto della desolazione e del disonore nel quale trova gettata la propria famiglia per la divinazione di una sua volontà della quale non conserva coscienza. Io non potrei in faccia a siffatti timori accettare questa prima opinione.

2° Neppure la seconda soluzione è meritevole di seria discussione. I principii sui quali si radica la personalità del-

l'azione penale per adulterio sono di altissimo interesse per l'ordine delle famiglie, ed evidentemente assoluti: nè possono escogitarsi considerazioni di ordine pubblico le quali valgano a menomarne il rispetto.

3° La terza soluzione contradice ai più sicuri principii di giure naturale. Se vi sono diritti i quali abbiano a proclamarsi (secondo la formula della vecchia scuola) diritti ed azioni *personalissime*, tali sono per fermo i diritti inerenti alla qualità di marito e moglie. Essi s'incarnano nello individuo; non passano agli eredi; non sono delegabili, nè cessibili ad altri. E per quanto la potestà che si conferisse al curatore di far le veci del coniuge pazzo nella querela, volesse moderarsi con la speciale autorizzazione di un consiglio di famiglia composto dei più stretti congiunti, anche questo non sarebbe che un mero *temperamento*, il quale non potrebbe supplire alla mancanza originaria di potestà.

4° Non resta dunque che subire la necessità della circostanza. La necessità è forza suprema che a tutte le cose umane sovrasta: e non è meraviglia che anche la giustizia punitiva debba talvolta chinare la fronte e subirla. D'altronde questo lamentato scandalo della impunità legale non è poi così assoluto come vorrebbe dipingersi; poichè vi è sempre la possibilità della guarigione del demente che lascia aperta la eventualità di una punizione del coniuge dissoluto. E quando una volta la giustizia penale ha dovuto rassegnarsi a subordinare alla volontà del coniuge la volontà propria, tale condizionalità una volta accettata è ben dovere che svolga tutte le sue logiche conseguenze. Io non voglio farmi a discutere coi moralisti sui gradi della comparativa nequizia. Se a taluno piacque guardare con aborrimento maggiore lo adulterio commesso in onta del coniuge demente per lo abuso della sua infelicità, questo giudizio inspirato al criterio della generosità può non parer buono a chi riflette che sul criterio della generosità debbono calcolarsi i gradi delle virtù, ma non sempre i gradi dei vizi. E ad altri invece può apparire meno colpevole la disgraziata moglie del demente per le stesse ragioni della sua condizione di fatto che ognuno comprende, e che le furono fatale spinta a cadere; e perchè minori ne sono

i pericoli giuridici; e perchè (dove altro non fosse) il coniuge del demente non offre nel suo fallo quella nefanda concomitanza che tanto rende abominevole lo adulterio; voglio dire la finzione e la ipocrisia e quello incredibile alternare delle carezze e del tradimento. Ma queste considerazioni morali non hanno valore in una quistione giuridica. La dottrina moderna non ha sottoposto l'accusa per adulterio alla volontà del coniuge offeso per considerazioni di maggiore o minore immoralità; nè havvi per le medesime motivo bastante di limitazione alcuna alla regola ormai universalmente prevalsa, la quale si radica sul principio giuridico della personalità del diritto; e ad un tempo sul principio politico del riguardo alla pace delle famiglie. Dove giustizia non giunge, farà l'opera sua il sindacato morale dei consociati, nè alcun cittadino vorrà lamentare lo scadimento della pubblica sicurezza per la previsione che divenendo egli pazzo la sua moglie avrà balìa del proprio corpo senza pericolo di essere consegnata alla prigione. Non esageriamo in suscettività: la giustizia deve essere perpetuamente morale: ma guai se la medesima si atteggia alla persecuzione di tutte le immoralità.

OSSERVAZIONE VIII.

Si dimostra che il legislatore deve riservare esclusivamente a sè stesso quei provvedimenti eccezionali, che osteggiando le leggi di natura non sono tollerabili, tranne in casi di suprema necessità.

Testimoni eccettuati.

Non occorre grande studio ad enucleare la genesi del precetto che vieta come crudeltà nefanda di indurre in un giudizio criminale come testimoni a carico dell'accusato il padre, il figlio, il fratello, la moglie ed altri stretti congiunti di lui. La genesi di tale precetto risale alla suprema legge morale e al diritto di natura, che è quanto dire alla genesi della umanità. Tale origine dovrebbe condurre dietro a sè come inevitabile conseguenza l'assoluta inviolabilità di quel precetto. Pure trovasi fatta da varie legislazioni una eccezione a quella regola ad occasione di certi gravi reati: ed anche di questa limitazione non è difficile rintracciare le origini. Queste bisogna trovarle nelle paure dei despoti. Fra i molti privilegi conferiti fino dai tempi di Roma imperiale agli accusatori quando si armavano del titolo troppo celebre di lesa maestà, fuvvi pur questo che in siffatti processi potessero indursi a testificare anche i più stretti congiunti dell'accusato. E non è meraviglia che questa dottrina eccezionale si sanzionasse in omaggio a quel titolo così famelico di sangue, quando innanzi al pauroso nome di lesa maestà sembrava dovessero tacere tutti i principii di umanità e di giustizia, e quando giungevasi a sanzionare che

ad ottenere la condanna per tali reati i testimoni infami si ammettessero, le prove semipiene bastassero, e la minorennità, la patita coazione, e neppure la stessa pazzia giovassero a salvare dalla pena di morte e dalla confisca.

Così introdotta nelle leggi civili la trista limitazione delle supreme leggi della umanità e della natura, i pratici ne vennero ampliando la formula con estenderla ai delitti così detti atrocissimi ed ai delitti occulti: e subordinatamente a tali idee la medesima trovossi introdotta come articolo speciale nei codici moderni. Ne trovo la traccia nel codice Estense del 1771 ove leggesi all'articolo 27 del lib. 4, titolo 6 — *Li congiunti fino al quarto grado di gius canonico non si esamineranno dal giudice contro il congiunto senza il permesso del Supremo Consiglio di Giustizia, il quale nell'accordarlo avrà riguardo alla qualità della parentela, alla gravezza del delitto, alla difficoltà di poterlo altrimenti provare.* — La limitazione anzidetta si accolse eziandio in Toscana dal codice Leopoldino del 1786 all'articolo 28, ove peraltro fu espressamente riservato al Principe di concedere o negare ai giudici che l'avessero implorata la licenza di esaminare i testimoni *eccettuati.* E mi affretto a soggiungere che siffatta licenza fu sempre negata dai nostri Granduchi anche in processi gravissimi, e di parricidio, e quantunque vi fosse l'assoluta impossibilità di raggiungere altrimenti la prova del malefizio.

Intanto pubblicavasi in Francia il codice d'Istruzione criminale del 1807, che la inviolabilità dei vincoli di natura proclamava respingendo qualunque eccezione o limitazione. Ma la Toscana non profittava nè dello esempio di Francia, nè dello esempio del Primo Leopoldo. E le dichiarazioni e istruzioni del 9 novembre 1838 all'art. 537 riproducevano le limitazioni pei soliti casi di grave delitto e di impossibilità di altre prove: ma ferivano il principio, perchè la facoltà di dare tali licenze non più riservavano all'autorità sovrana, ma la conferivano alle Camere di Consiglio. E questo io dico che feriva il principio. Perchè se può ammettersi una deroga ai precetti della legge naturale non la si può ammettere tranne per gravissime necessità di

pubblico ordine. Ma delle necessità di ordine pubblico, giudice competente è la sola autorità sovrana dello stato, e non lo può essere un magistrato, e molto meno un magistrato inferiore. Ecco il testo di quello articolo — *Bensì il Tribunale istruente, quando gli paia che ricorra alcuno dei casi come sopra eccettuati, dovrà rimettere le carte della procedura al R. Procuratore, il quale le presenterà colla relativa richiesta scritta, qual crederà conveniente, alla Camera di Consiglio del Tribunale di Prima Istanza; questa dichiarerà con decreto, se ricorra o no caso di eccezione; ed alla udienza dei mentovati testimoni sarà o no proceduto nel processo scritto, e di poi nella pubblica udienza, secondochè la udizione medesima sarà stata ammessa o negata dal suddetto decreto.*

Nell'anno 1855 si riformavano anco nel Ducato di Modena le Procedure Penali, e il novello codice riproduceva insieme con la sanzione del precetto, anche la limitazione anzidetta che leggesi all'art. 136 nei seguenti termini — ivi — *Le persone indicate negli articoli precedenti possono però essere sentite come testimoni, quando si tratti di delitto commesso a danno di qualcuno della famiglia, e di cui non si possa in altro modo avere la prova. Tali persone debbono essere avvertite, che la legge dà loro il diritto, anche in questo caso, di astenersi dal deporre, e se ne fa menzione nell'atto.*

Il codice di procedura penale del Regno d'Italia, ha pur esso riprodotto la sanzione del precetto, e la solita limitazione nel modo che leggesi all'art. 287 — ivi — *Le persone indicate nell'articolo precedente potranno essere sentite nel solo caso che si tratti di crimine commesso a danno di qualcheduno della famiglia, e di cui non si possa in altro modo avere la prova.*

Su questo art. 287 voglio oggi fermare le mie osservazioni: non per discutere sotto un punto di vista filosofico, e nel confronto dei principii di ragione, la limitazione che qui si contempla. La indole del presente lavoro non mi permette astruse speculazioni. Esso è destinato esclusivamente a criticare sotto il punto di vista della *forma* certe definizioni, onde per vie convergenti raggiungere l'obiettivo del lavoro

medesimo che quello di combattere il sistema (erroneamente accarezzato da molti) delle definizioni costruite sopra criterii *materiali;* e mostrare che le medesime non sono buone pei magistrati, ed assai meno pei giudici cittadini, perchè riescono sempre incomplete e feconde di equivoci e di perplessità, che è quanto dire occasione di errori e di ingiustizie. Definite con referenza alla idea che costituisce l'*obiettivo* dello articolo che volete dettare, e tutti vi intenderanno, e tutti si troveranno concordi. Definite invece le *materialità*, ed è impossibile che alla formula da voi scelta, per quanto minuziosa e tediosa, non sfugga una qualche cosa, o non si pari innanzi una perplessità inattesa che getti gli interpreti e gli applicatori dell'articolo nelle più deplorabili fluttuanze.

Prima però di portare le critiche osservazioni sulla parte formale dell'art. 287 del procedimento penale Italiano, giovi rintracciarne le origini. E queste sono presto trovate da chi per esperienza conosce il modo prediletto di certi moderni facitori di leggi. Copiare, eternamente copiare, ecco tutta la loro sapienza. Copiare dalle leggi francesi; e quando queste sono eccezionalmente più miti, gettarle via con disprezzo per afferrarsi amorosissimamente alle precedenti leggi subalpine. Essi somigliano quell'uomo che era caduto in un pozzo, e volgendo lo sguardo in alto, si persuadeva che il cielo fosse limitato entro quella miserabile periferia che veniva offerta al suo sguardo dall'orifizio del pozzo: tutto il resto del mondo non esisteva per lui. Così certi facitori di leggi penali non guardano che al precedente diritto costituito nel loro paese.

Invano altre legislazioni introdussero migliorie: invano i giuristi scrissero contro la vecchia formula, mostrandone la inconseguenza od i pericoli; invano la patria giurisprudenza rivelò la realtà di siffatti pericoli, mercè i conflitti e le dispute insorte sul vecchio articolo, e che potrebbero eliminarsi dal nuovo con piccolissime modificazioni. Tutto questo non esiste per loro come non esiste l'ampiezza del firmamento per l'uomo caduto nel pozzo. In materia poi di procedura penale (dicasi una volta per sempre) lo spirito piuttosto unico ed esclusivo che prevalente dei nostri le-

gislatori è questo: studiare costantemente quelle formule che da un lato hanno l'apparenza di liberalismo e di larghissime guarentigie accordate alla innocenza ed alla difesa degli accusati, ma nella sostanza niente guarentiscono e tutto lasciano in balìa dello affrenato arbitrio degli inquisitori. Nel correre dietro a questo perpetuo scopo i nostri legislatori sono indefessi e bravissimi. In lor movenza fermi, oscillano perpetuamente dalla immobilità al regresso e dal regresso alla immobilità; onde per le arti loro il rito penale, che parve sacro anche sotto i peggiori despoti, va divenendo una parola ipocrita e vana; ogni nuova legge è una restrizione ulteriore delle libertà civili; ed a poco a poco le corti regolatrici costituite per la custodia del rito si trovano ridotte alla condizione di Napoleone a S. Elena: rimpiangere il sovvenire dei dì che furono, e standosene con le braccia al sen conserte limitarsi a deplorare gli abusi come irregolarità, senza poter togliere in mano la penna e cassare, perchè la legge ipocrita protettrice del rito non ha sanzione.

L'art. 287 del così detto nuovo codice di Procedura Penale Italiano, non fu che una copia di copia.

Si confronti il suo testo col testo dell'art. 273 del codice del 1859 e si vedrà in esso una vera copia, senza mutazione nè di una lettera, nè di una virgola. A mostrar ciò basti trascrivere il vecchio articolo 273 — ivi — *Le persone indicate nell'articolo precedente potranno essere sentite nel solo caso che si tratti di crimine commesso a danno di qualcheduno della famiglia, e di cui non si possa in altro modo avere la prova.*

Ma il codice del 1859 ed il suo art. 273 erano dessi originali?

Peccato mortale il pensarlo. L'art. 273 fu alla sua volta una copia fedele dell'art. 149 del codice di Procedura Penale dato nel 1837 dal glorioso Re Carlo Alberto al Piemonte: eccolo — ivi — *Le persone indicate nell'articolo precedente potranno essere sentite come testimoni, quando si tratti di crimine commesso a danno di qualcheduno della famiglia, e di cui non si possa in altro modo avere la prova.*

Dunque per i legislatori dell'Italia redenta, la scienza e

la pratica non avevano fatto un passo negli ultimi 30 anni. Le vivissime controversie che avevano così seriamente occupato in questo intervallo le supreme giudicature d'Italia, erano una incognita per loro. È ben giusto il grido che si leva oggidì contro l'arroganza degli eruditi i quali si attentano a studiare progetti di riforme legislative. Per fare i codici non sono buoni costoro: vi vogliono uomini pratici; cioè uomini che sappiano copiare le vecchie leggi, e di quelle si appaghino con tutti i loro errori e le loro assurdità, salvo a renderle più tiranniche e più arbitrarie quando il destro se ne presenti.

Ma almeno questo articolo, così religiosamente copiato da questi fabbricanti di leggi, è desso *buono*, ed è desso *chiaro?* Io non mi occupo adesso del buono, perchè questo mio scritto non è destinato a sindacare la materia e i principii. Dirò soltanto che i sistemi adottati dai Granduchi di Lorena, da Napoleone I, e dal Duca di Modena, e dallo stesso Borbone di Napoli (che nel codice del 1819, art. 202 aveva reietto ogni limitazione) erano troppo liberali perchè potessero piacere ai legislatori dell'Italia redenta. Qui mi occupo unicamente della *forma* e della *chiarezza:* e dico che quella definizione cotanto prediletta e scrupolosamente conservata, quasi fosse la reliquia di un santo, è un alveare di perplessità e di questioni difficilmente solubili, ed alcune forse insolubili. E questo mio assunto io non verrò mostrando con diffusi ragionamenti: mi limiterò a proporre i dubbi ai quali ha dato luogo o può dar luogo l'articolo per i suoi indefiniti ed oscuri concetti. Altri ne cerchi a fatica le soluzioni.

1° Per esaminare in obbedienza all'articolo nostro il padre contro il figlio occorre che si tratti di crimine. E qui la solita perpetua e problematica questione se debba guardarsi al titolo *astratto* od alle sue *condizioni concrete;* e così se possa esaminarsi la madre contro un figlio di 15 anni quando si è certi che il suo fatto non potrà mai incorrere la pena criminale. Questione la quale è un'idra che si riproduce ad ogni istante, e si riprodurrà eternamente, finchè vorrà mantenersi la insulsa divisione dei crimini e delitti desunta dalla accidentalità della *pena*.

2° L'esame del figlio contro il padre è desso vietato e respettivamente permesso soltanto alle udienze pubbliche, od anche nella istruzione scritta? Dubbio anche questo che ha dato occasione nella pratica forense a gravissime controversie, e che dove si sciogliesse nel senso della piena libertà dei giudici istruttori, porterebbe a conculcare le leggi di natura per ossequenza ad un oblìo (forse malizioso) dei nostri legislatori.

3° Lo ascoltare anche consenzienti i mariti ed i figli contro le mogli ed i genitori, quando si faccia con opposizione della difesa, e fuori dei casi eccezionali previsti da questo articolo, induce *nullità* o semplice *irregolarità?* Il nostro codice ha per sistema costante di serbare la pena della *nullità* al sacramentalismo di certe *formule:* ma in quanto ai *fatti* dei pubblici ufficiali si appaga di vietarli senza apporvi sanzione: lo che disarma spesso la Corte regolatrice; e la inabilita allo esercizio della propria missione, che è quella di custodire inviolati i precetti della legge. Anche qui ripetesi questo grazioso sistema: divieto senza sanzione per il *fatto* iniquo; pena di nullità per una *menzione* dimenticata. Parrebbe uno scherzo, ma è pur così.

4° Le persone eccettuate *potranno essere sentite:* così lo articolo. Ma come *sentite?* Con giuramento o senza? Ogni giudice lo intenderà a modo suo: ed ecco l'arbitrio.

5° L'esame dei testimoni eccettuati è lecito *quando non possa in altro modo aversi la prova* del crimine. Ma *chi* sarà il giudice di questo *stato di fatto* della inesistenza di altra prova possibile? Sarà la Corte, investita in tal guisa di un *giudizio di fatto?* Sarà il Presidente? Sarà il Pubblico Ministero? Agli altri legislatori parve opportuno definire questo punto, come abbiamo veduto; ed ora quel pauroso giudizio si riservò al principe, ora alle Camere di Consiglio appositamente convocate, ora alle supreme giudicature del Regno.

Ai legislatori Italiani parve migliore partito lasciare indefinita questa competenza, perchè ognuno potesse giudicarne a talento proprio.

6° *Quando* sarà che facciasi luogo ad emettere questo

giudizio sulla *possibilità di altre prove?* Mi spiego. Il Pubblico Ministero a sostenere un'accusa di parricidio ha prodotto una lista di 6 testimoni. Fra questi 6 testimoni trovasi pure la madre dell'accusato.

Supposto che lo esame fuori dei casi eccezionali sia vietato a pena di nullità, se procedasi allo esame di quella madre quantunque consenziente, e desiderosa di consegnare il figlio alla forca, prima di avere accertato che in *altro modo la prova è impossibile*, s'indurrà *nullità*. Gli uomini pratici non hanno guardato la questione al *momento* in cui debba verificarsi il concorso di questo estremo della impossibilità di altra prova. Ma il *momento* è gravissimo; e se vi è stata in qualche legge una disposizione *inconsideratamente* emessa, tale davvero fu questa quantunque per tre volte copiata. Allo aprire della udienza il patrono si oppone alla audizione di quella madre, e ne forma speciale incidente. Il Pubblico Ministero afferma che senza il sussidio di quella madre *egli sa* di non potere raggiungere la prova desiderata. Basterà forse che ciò si affermi dall'accusa? Se fosse così potrebbe per la più corta darsi al fuoco la legge. Il difensore replica che egli sa dovere scaturire limpidissima la prova del reato senza lo scandalo di quella Medea che viene a consegnare la testa del figlio al carnefice.

In questo conflitto bisognerà che lo incidente si risolva dalla Corte. Ma la Corte ricca di giudici dottissimi non è una Corte di profeti: Come potranno essi dire in coscienza, ci consta che gli altri cinque testimoni non basteranno alla prova mentre i testimoni non hanno ancora deposto?

Si piglierà il temperamento di sospendere il giudizio dell'incidente; onde dopo esaurito l'interrogatorio degli altri cinque testimoni giudicare con *cognizione di causa* se col mezzo loro si è o no raggiunta la prova? Questo parrebbe il sistema più razionale. Ma allora la Corte non pronunzia essa il supremo giudizio di fatto!

Se nel decreto sull'incidente pronunzia che la prova è raggiunta mercè gli esami degli altri testimoni e congeda la madre, non invade essa la competenza della giuria? Se al contrario la Corte dichiara che i primi cinque testi

niente hanno concluso ed ammette la madre; ma la madre ad un tratto pentita si ricusa a deporre, quale sarà il valore del decreto della Corte? Lo avere essa nella prima ipotesi deciso che la *prova è raggiunta* interdirà forse ai giurati un verdetto negativo? O lo avere essa nella seconda ipotesi deciso che la prova *non è raggiunta* interdirà forse ai giurati un verdetto affermativo che danni a morte il giudicabile? Quale edificante spettacolo; due collegi giudicanti che al cospetto del pubblico si palleggiano in questa guisa la testa di un cittadino!!!

7° La condizione *sine qua non* per lo esame del figlio contro il genitore dice l'articolo dover essere questa che del *crimine non possa aversi in altro modo la prova.*

Ma ecco un caso che vidi praticamente. L'accusato francamente confessa, poi dice ai suoi giudici che il crimine è provato e si oppone all'esame della madre e dei fratelli suoi.

Il Pubblico Ministero alla sua volta insiste per la udizione dei testimoni eccettuati, allegando che di quei testimoni egli ha necessità, non per *provare il crimine* (come dice lo articolo) ma per provare certe aggravanti o per escludere certe attenuanti. Io non emetto opinioni su questo problema, che sarà risoluto fra poco dalla Corte regolatrice. Dico soltanto che il nostro articolo per essere il frutto di trent'anni di studi e di sperienze, ed il parto degli uomini pratici poteva essere un pochino più chiaro.

8° Altra condizione *sine qua non* per esaminare la madre contro il figlio senza pericolo di *nullità* del giudizio è, secondo l'articolo nostro, che trattisi di crimine *commesso a danno di qualcuno della famiglia.* Anche qui io non discuto il *merito* di questa condizione. Confesso che nella ignoranza mia non son mai giunto a capire l'*arcana ragione* della medesima.

Forse si ebbe in mente che i reati commessi a *danno di qualcheduno della famiglia*, fossero sempre commessi nel solitario ostello? Ma no: che la condizione della mancanza di testimoni è già dettata come condizione di per sè stante. E poi può benissimo nelle pareti domestiche uccidersi uno straniero, ed un parricidio eseguirsi in una via popolosa.

Forse si ebbe in mente il presupposto dell'odio che avverso dell'accusato agitasse l'animo del testimone; e si volle ammettere a deporre se si presentava ispirato dal demone della vendetta, e non si volle ammettere se vi era ragione di dubitare che i suoi detti fossero suggeriti dall'angelo della pietà e dell'affetto?

Aspettando che altri illumini la mia ignoranza sulle più vere ragioni di quella condizione, io mi limito intanto a cercare di capirla. Ma ahimè! neppur questo mi riesce; ed anche in questa parte dell'articolo io incontro gravissimi dubbi.

E in primo luogo, quella formula *qualcuno della famiglia* implica o no lo estremo della *convivenza* sotto il medesimo tetto?

9° In secondo luogo, qual è il senso attribuito a questo luogo alla parola *famiglia?*

Tutti sanno che dai Romani in poi la parola famiglia ebbe ed ha due *sensi*. In un primo senso comprende tutti i congiunti per sangue, coabitino o no sotto un medesimo tetto, ed esclude il servo anche convivente. In un altro senso designa un gruppo di uomini che formano una società famigliare, e così include anco gli estranei ospiti permanentemente, od impiegati nella famiglia. In quale di questi due sensi intese l'articolo nostro la parola *famiglia?*

10° In terzo ed ultimo luogo, a quale famiglia doveva appartenere il derubato, o la stuprata, o lo ucciso perchè senza *nullità possa essere sentita* la madre del giudicabile? Alla famiglia del *colpevole;* oppure alla famiglia del *testimone?*

Pare impossibile che in tanto corso di anni mai siasi posto mente a questa anfibologia del nostro articolo. Si è corso sempre alla cieca sul presupposto che se fra testimone ed accusato intercede il vincolo di paternità o fratellanza: necessariamente e sempre lo ucciso che apparteneva alla *famiglia del testimone* dovesse appartenere anche alla *famiglia del giudicabile* e viceversa.

Ma questo presupposto non è assolutamente vero.

Non è vero quel presupposto se la parola *famiglia* si

intende nel senso comprensivo di tutti i coabitanti; e ciò è intuitivo, perchè può essersi ucciso il domestico dell'accusato che non era domestico del testimone; oppure il domestico del testimone che non era domestico dello accusato.

Ma quel presupposto non è vero neppure se la famiglia qui contemplata dalla legge è quella costruita sul vincolo della parentela. E lo dimostro con un esempio. Mio fratello (e faccio la ipotesi del fratello perchè non ne ho) aveva moglie; questa moglie aveva una sorella: questa sorella conviveva con mio fratello, e questi la uccise. Siccome io vivo separato da mio fratello, il crimine che qui si commise colpì un individuo appartenente alla *famiglia del giudicabile* ma nulla appartenente a me testimone, nè per ragione di convitto nè per ragione di parentado. Rovescisi il caso, ero io testimone che aveva moglie ed in casa meco una cognata od una nuora; e il crimine si commise da mio fratello (separato da me) a danno di quella mia nuora o di quella mia cognata, le quali appartengono alla famiglia di me testimone, ma niente alla famiglia del giudicabile, nè per ragioni di parentado nè per ragioni di convitto.

Adesso a queste due ipotesi applicate l'articolo in questione, e lo troverete una vera Sfinge. Sostenere che la clausula, *qualcheduno della famiglia*, colpisce le due separate famiglie, è un assurdo in ermeneutica, la quale non permette che il singolare si trasporti al plurale. Bisogna dunque che l'interprete si decida. Perchè la madre o il fratello possano essere legittimamente esaminati contro il figlio o contro il fratello, a quale delle due famiglie doveva appartenere la vittima? Se a mente del nostro legislatore doveva appartenere alla famiglia *del testimone*, il sentir me nella prima delle suddette ipotesi porta nullità del giudizio, perchè la cognata di mio fratello uccisa da lui non era qualcuno della mia famiglia.

Se invece a mente del nostro legislatore la vittima doveva appartenere alla famiglia del colpevole, sarà nullità il sentirmi nella seconda della fatte ipotesi, perchè la mia nuora uccisa da mio fratello non era qualcuno della famiglia dell'accusato.

Altri sciolga questi enigmi: a me basta averli accennati e concludere che tutte queste difficoltà nascono da quella trista manìa di voler definire con le materialità e tenere occulto il pensiero, il concetto, la idea che vuolsi incarnare nella legge; dimenticando che la idea è la luce, e le parole sono spessissimo tenebre, se non s'illuminano dalla idea.

OSSERVAZIONE IX.

Si dimostra la utilità che, quando una relazione fra due cittadini può essere operativa di *effetti giuridici* e operativa di *effetti morali*, la legge, che pei fini penali valuta quella relazione, dichiari se la valuta nel primo o nel secondo punto di vista.

Matrimonio ecclesiastico.

Io porto uno sguardo veloce sopra un terreno che brulica di molteplici questioni tutte palpitanti di attualità e non ancora investigate fin qui, sebbene debba prevedersi imminente il loro sorgere nella pratica, e questo sia gravido di importantissime conseguenze. Il codice civile Italiano del 1866 non riconosce alcuna efficacia nel matrimonio che si contragga con soli riti della Chiesa senza dargli la forma di contratto civile. Non vi è dote, non vi è prole legittima, non vi sono diritti coniugali, in una parola non vi è matrimonio per la legge civile. Tutto questo è chiarissimo per quanto attiene ai diritti personali e patrimoniali. Ma vi sono parecchi casi nei quali il matrimonio svolge rilevantissimi effetti nella materia penale; sia per la nozione di certi reati, sia per la ammissione di certe escusanti, sia per la stessa imputabilità del fatto che vorrebbesi perseguitare come delitto. E poichè nelle popolazioni italiane è rimasto assai frequente l'uso, nelle classi specialmente inferiori, di accoppiarsi con la sola guarentigia del rito ecclesiastico che basta a far tranquille le coscienze, senza curare le forme civili; nè la legge oppone impedimento alcuno al formarsi di queste famiglie irregolari, e che possono in certa guisa

dirsi *extra legem*, così non può andar lontano il giorno in cui per lo avvenimento di qualche delitto nel quale si trovino involuti i membri di tali famiglie o che dalle medesime abbiano occasione, divenga di interesse gravissimo lo esaminare in qual conto debba ai fini penali tenersi quel vincolo che la legge civile non riconosce come vincolo giuridico. Fra le molte ipotesi nelle quali può svilupparsi lo interesse di questa ricerca io ne accennerò le principali soltanto; chè troppo lungo sarebbe voler seguitare il problema in tutte le sue svariatissime trasformazioni. Dirò cioè: 1° della bigamìa, 2° dell'adulterio, 3° dell'incesto, 4° del coniugicidio, 5° del favoreggiamento, 6° della testimonianza, 7° del furto, 8° della uccisione dell'adultero.

La questione parve a taluno men grave di quello che a me apparisce. Ma vidi però scindersi le opinioni; sicura prova della sua perplessità. Fuvvi chi recisamente rispose, non potersi attribuire alla legge il concetto di due misure diverse: ciò che agli occhi suoi non esiste come atto fornito di vita giuridica deve essere inetto per ogni e qualunque conseguenza che se ne voglia dedurre. È arbitrario supporre che una unione non riconosciuta dalla legge civile si abbia come riconosciuta dalla stessa legge quando contempla i delitti e le pene e le respettive misure. Il matrimonio ecclesiastico (si soggiunse) è appo noi quello che furono le *nozze ingiuste* presso i Romani: e non può attribuirglisi valore alcuno giuridico a qualunque effetto si voglia considerare. Se al tribunale civile non esiste matrimonio, questo non deve esistere in faccia al magistrato punitore. Ogni accusa come ogni difesa che voglia prender radice dal vincolo meramente ecclesiastico, prende radice da un niente giuridico, ed è voce che non può essere ascoltata in alcun tribunale del Regno.

Ma questa perentoria soluzione a me parve troppo precipitata, e pensai che dovesse esservi ragione di distinguere caso da caso. E la ragione di distinguere parve a me dovesse cercarsi nella genesi del giure punitivo. La legge penale non è tutta una pura creazione politica; essa ha il suo fondamento nella suprema legge di natura, e spesso subisce i precetti della morale anche a dispetto dei bisogni

di certi ordinamenti civili. La soluzione che vorrebbe sempre indistintamente e perpetuamente negare nel foro penale ogni rispetto ed ogni considerazione al vincolo puramente religioso, conduce per necessità in parecchie occasioni a calpestare la legge di natura e quei precetti di suprema morale che la coscienza universale di tutti i popoli e la prudenza di tutti i legislatori hanno giudicato meritevoli di obbedienza ed operativi di importantissimi effetti nel governo delle umane delinquenze.

Gli esempi ai quali verrò adattando il concetto mio ne mostreranno la verità. Ma intanto mi piace di dare a questo concetto una formula che varrà nel tempo medesimo a farlo più nettamente comprendere, e a dimostrarne (per quanto a me sembra) la verità e la giustizia. Io dico dunque che il matrimonio può essere considerato come un *quid juris*, e può essere considerato come un *quid facti*. Io dico che la legge penale nei molti casi ai quali attribuisce un valore al vincolo matrimoniale ora lo contempla come un *quid juris* ed ora come un *quid facti*. E ne concludo che dove la legge penale considera il matrimonio come un *quid juris* il matrimonio ecclesiastico s'ha da tenersi per niente: ma sostengo all'opposto che dove la legge valuta il connubio come un *quid facti* il matrimonio ecclesiastico dovrà nei giudizi penali avere nè più nè meno la stessa efficacia che si accorda al matrimonio civile, e ciò per la somma ragione che il matrimonio ecclesiastico e valido in faccia alla legge religiosa, deve riconoscersi come fornito di pieno valore anche in faccia alla legge naturale e alla legge morale. Laonde in tutti quei casi nei quali il codice punitivo attribuendo certi effetti al vincolo matrimoniale attinse i precetti suoi dal genuino fonte della legge di natura e della legge morale, è forza che questi precetti conservino la pienezza della loro virtù anche nelle ipotesi di matrimonio puramente ecclesiastico; perchè se questo non è produttivo di rapporti obbligatorii civili è però produttivo di rapporti obbligatorii naturali e morali. Non sorge nuova la idea di subordinare il codice dei delitti e delle pene alla legge di natura: questo anzi è il cardine fondamentale della giustizia punitiva, e tutti i codici dei popoli

culti hanno renduto omaggio a simile verità. Basti ricordare l'argomento del parricidio. Tutti i legislatori sono concordi nel dichiarare parricida non solo il figlio legittimo, ma anche il figlio *naturale* che spenga la vita della sua genitrice; e questo è segno evidente che il legislatore penale non limita le sue prescrizioni ai soli rapporti civili. Ma il mio pensiero verrà meglio compreso nelle sue applicazioni agli esempi.

1° Bigamia — Tutti i codici penali alla nozione del delitto di *bigamia* pongono come condizione che il secondo matrimonio siasi contratto da chi perseverava nel vincolo di un precedente matrimonio *valido*. Se la *validità* del primo matrimonio è requisito indispensabile al reato di bigamia, è evidente che la legge considera a questo luogo il matrimonio anteriore come un *quid juris*. Dunque in questa ipotesi non può farsi seria questione. Chi dopo il 1866 siasi legato nel reame d'Italia in un matrimonio puramente ecclesiastico, se noiato dei primi amori proceda a novelle nozze, non è bigamo in faccia alla legge civile e non può essere accusato del delitto di bigamia.

2° Adulterio — Le leggi della città nel punire l'adulterio non hanno avuto riguardo al dolore morale nè alle tradite affezioni, ma soltanto alla violazione del *diritto coniugale*. E se il diritto coniugale è l'oggettivo giuridico di questo reato, il matrimonio evidentemente contemplasi anche a questo luogo come un *quid juris:* dal che ne segue che il connubio puramente ecclesiastico non essendo dalla legge della città riconosciuto come abile a generare diritti perfetti, esigibili dal coniuge sopra l'altro coniuge in faccia ai tribunali, dal medesimo non può sorgere l'oggettivo costituente la qualità di delitto nello adulterio. Il coniuge che veda rotta la fede sperata imputi a sè medesimo se appagossi del matrimonio religioso. Egli non può pretendere la protezione della legge civile quando alla legge civile non ottemperò nello stringere il suo connubio, e preferì di non porlo sotto la egida della medesima. D'altronde se il coniuge non legato da vincolo civile può impunemente passare agli amplessi perpetui di un'altra persona contraendo novelle nozze senza delitto, sarebbe assurdo pretendere di conver-

tire in delitto un amplesso fugace. Fin qui io non veggo ragione di dubitare.

3° Incesto — Anche in ordine al delitto di incesto il matrimonio si considera dalla legge penale come un *quid juris*. Ciò è incontrastabile per la stessa definizione che dello incesto ci danno le leggi veglianti: le quali ravvisano questo delitto nel congiungimento carnale che avvenga fra due persone alle quali sarebbe vietato di congiungersi in matrimonio. Il congiungimento concubinario non è per la legge civile impedimento alle successive nozze; e quando la legge nel definire lo incesto parla di impedimenti non può parlare che dei soli impedimenti civili. Laonde se la legge civile permette all'italiano di contrarre matrimonio civile con la sorella di colei alla quale erasi congiunto dopo il 1866 con un matrimonio puramente ecclesiastico, sarebbe contradittorio che si trovasse il delitto di incesto in un concubito passeggiero avvenuto fra persone alle quali la legge permette le nozze. Anche la soluzione di questo caso sembra adunque rigorosamente esatta in faccia alle leggi veglianti. Potrà questa soluzione presentare una intollerabile repugnanza al senso morale quando si configuri il concubito fra il padre e la figlia naturale. Ma in questa ipotesi sorge di facile la opposizione dell'ordine civile quando si avverta che il *riconoscimento* dei figli naturali è operativo di effetti civili, e che la legge riconosce come giuridica entro certi limitati confini anche questa forma di paternità.

4° Coniugicidio — Abbiamo toccato di volo i casi più semplici. Adesso ci andiamo avvicinando ai problemi. Il codice Sardo Napoletano, che ebbe sanzione nel 1861 per decreto della Luogotenenza, e che è tuttavia in vigore nelle provincie meridionali, ridusse all'art. 534 a vent'anni di ferri la pena dell'omicidio semplice, modificando il codice Sardo che lo voleva sempre punito con i ferri a vita. Ma al tempo stesso allargò il numero delle qualifiche: e fra gli omicidi qualificati noverò al n. 4 dello stesso art. 534 la uccisione del coniuge; per la quale mantenne la pena dei ferri a vita.

Ora si immagini che fra i moltissimi coniugi che dopo il 1866 sonosi nelle provincie meridionali maritati col solo rito ecclesiastico insorga rissa istantanea, e l'uno di loro

tolga all'altro la vita per moto improvviso, saranno essi i ferri a tempo o i ferri a vita la penalità da applicarsi? Sente ognuno lo interesse della questione. Io credo che anche qui il matrimonio debba dirsi considerato dall'art. 534 come un *quid juris*, ed ammesso ciò ne consegue che debba negarsi al matrimonio ecclesiastico la potenza qualificatrice. Le qualità aggravanti il delitto (a differenza delle circostanze minoranti la imputazione) non si traggono nel giure penale dalla sola doverosità di certe affezioni nè dai soli rapporti morali. Le aggravanti hanno radice in un *diritto ulteriore* violato dal colpevole, e che viene a rendere complessa la *oggettività giuridica* del malefizio. Chi uccide la moglie è più colpevole di colui che uccide lo estraneo, perchè viola i diritti che aveva la vittima come individuo, e più i diritti che essa aveva come moglie. Il dovere morale e la presunzione di affetto non sono ragione sufficiente della qualifica: la strage commessa sopra un grande benefattore, quantunque moralmente più brutta, è politicamente uguale alla strage dello straniero, perchè la gratitudine non rappresenta un diritto esigibile come lo rappresenta il ricambio delle affezioni. Se dunque la qualifica per la quale si aumenta la pena del coniugicida ha la sua ragione di essere nella violazione di un ulteriore rapporto giuridico, è evidente che il matrimonio operativo di simile rapporto e produttivo di simile aggravante deve essere un *quid juris*. Laonde se tale non è il matrimonio ecclesiastico parmi se ne debba senza esitazione conchiudere che il medesimo non può far sorgere la qualifica preveduta dal n. 4 dell'art. 534, e che la uccisione del coniuge non riconosciuto come tale dalla legge civile rimane per questo lato un omicidio semplice.

5° Favoreggiamento — Il favoreggiamento è un delitto di pura creazione politica. La legge di natura ci comanda indistintamente di soccorrere il nostro simile in ogni suo pericolo: ma la legge sociale ha convertito in delitto questo soccorso, quando il medesimo si eserciti a pregiudizio della sociale giustizia. Vi è collisione fra il dovere *dell'uomo* e il dovere *del cittadino;* e la legge politica fa prevalere questo su quello. Ma se ciò si è potuto senza ingiustizia dettare

pei bisogni dell'ordine politico, il dettato però ha dovuto arrestarsi quando si è trovato a fronte non più il solo precetto generale che lega l'uomo con l'uomo, ma anche il più speciale precetto che lega l'uomo con la famiglia. Così tutti i legislatori mentre hanno elevato a delitto civile il soccorso che si presti ad altri per sottrarlo alle investigazioni della punitrice giustizia, hanno dovuto peraltro stendere un velo e proclamare la non imputabilità di consimili aiuti che si prestino dal padre a salvezza del figlio, dal coniuge a protezione del coniuge, dal fratello per pietà del proprio fratello. Disponendo altrimenti la legge civile avrebbe conculcato la legge di natura e sarebbesi renduta alla sua volta immorale. Ora suppongasi un caso di favoreggiamento eseguito da un coniuge a protezione dell'altro coniuge col quale siasi unito col solo vincolo ecclesiastico. Che dovrà dirsi di lui? Potrà egli imporsi all'accusa che ella si arresti in faccia alla eccezione sancita dall'art. 61 del codice penale Toscano per la moglie favoreggiatrice del marito e del marito favoreggiatore della consorte? I seguaci della negazione recisa ed assoluta che accennava in principio del mio discorso, gli risponderanno perentoriamente che no. Non vi è matrimonio (essi diranno) in faccia alla legge della città. Costui non è *marito*, costei non è *moglie*, in faccia al giudice criminale come non lo è in faccia al giudice civile: e vada inesorabilmente prigione se si permise di occultare il compagno della sua vita. Io non concordo in questo sistema. Qui la legge penale non ha considerato nel matrimonio un *quid juris*, ma semplicemente un *quid facti:* non lo ha valutato come produttore di diritti e di doveri giuridici ma come produttore di rapporti e di doveri morali. Il dovere morale non nasce dallo intervento del Sindaco. Sarebbe disumana ed iniqua una interpretazione che mi dichiarasse colpevole di un delitto per aver cercato di sottrarre agli agenti della giustizia la madre dei figli miei; colei che tengo con tranquilla coscienza in qualità di mia moglie, e che la mia religione mi fa precetto di amare, di assistere e di proteggere. Quando l'affetto che trascina ad una azione è legittimo la scusa non può ammettere restrizioni di forme esteriori: e l'affetto è sempre legittimo quando

è morale nella sua genesi. Non si dirà legittimo per operare effetti civili. Ma il codice penale non si erudisce ai soli dettati della positiva legge civile. Esso è la umana sanzione di un ordine superiore preesistente a tutte le legislazioni civili; le quali mai potranno esser giuste quando direttamente o indirettamente avversino a quello. Non si elimina la imputabilità di questa forma di favoreggiamento perchè il coniuge abbia un diritto esigibile al soccorso dell'altro coniuge, ma perchè il coniuge ha un *dovere morale* di soccorrere il coniuge. E questo dovere morale si costituisce dalla benedizione del Parroco, o del Rabbino, o di altro Ministro di religione, anche senza il concorso della sanzione del Sindaco. Una sentenza che condannasse per simile fatto un coniuge sotto il pretesto che quella famiglia non aveva avuto la sanzione civile, ecciterebbe ribrezzo e offenderebbe il senso morale di tutti gli onesti cittadini. E d'altronde quella limitazione alla imputabilità del favoreggiamento, che i codici odierni concordemente ripetono, non è mai subordinata in quelle speciali disposizioni alla condizione della *legittimità*. Il figlio *naturale* che abbia favoreggiato la madre ha ragione indubitata di invocare quella limitazione; e il giudice non può negargliela senza cadere nello abuso di sovraimporre alla legge scritta una restrizione odiosa che non si trova nella lettera della legge stessa. Questa scusa ha dunque il suo fondamento in uno *stato di fatto* e non in uno *stato giuridico*. E poichè lo stato di fatto previsto qui dalla legge viene ad emergere anche da un matrimonio ecclesiastico, questo (quantunque invalido ad altri effetti) deve aversi ai fini della questione presente come efficace alla pari del matrimonio civile.

6° Testimonianza. — L'art. 286 del vegliante codice di procedura penale interdice a pena di nullità che in un criminale processo si esamini come testimone la moglie contro il marito o il marito contro la moglie. Le ragioni di queste disposizioni sono intuitive. Ora applichiamo le medesime al matrimonio ecclesiastico, e diamo al problema una figura sensibile e pratica. S'istruisce un processo contro un individuo che è gravemente sospetto di un crimine; e questo individuo è ammogliato. Ma il giudice istruttore si assi-

cura che quel matrimonio quantunque completo in tutte le sue forme religiose fu celebrato dopo il 1866, senza il successivo complemento delle forme civili. Quel giudice è seguace della dottrina della parificazione: per lui ciò che non ha valore ai fini civili non ha valore ai fini penali. Egli dunque cita a comparire davanti a sè quella donna, e sotto il vincolo del giuramento vuol trarle di bocca la prova del reato di suo marito. Invano la misera tenta resistere allegando la sua qualità di moglie: voi siete una concubina (le risponde il giudice): io non conosco questo vostro matrimonio perchè non lo conosce la legge che mi governa. E la donna giura; e (come è naturale) mentisce al vero: ed il giudice ne procura l'invio al giudizio sotto il titolo di falsa testimonianza, insieme col compagno di lei per altri modi indiziato del delitto principale, ed anche aggravato da qualche mezza confessione sfuggita alla donna. Ecco il problema in tutta la sua nudità. Avrà ella ragione la difesa dell'uomo che proclama nullo il processo per violazione dell'art. 286? Avrà ragione la difesa della donna che respinge l'accusa di falsa testimonianza sul fondamento della nullità dello esame? In altri termini l'art. 286, che vieta l'esame di una moglie contro il marito, deve esso intendersi senza distinzione come applicabile a qualunque moglie; o dovrà invece intendersi limitato alla moglie civile e non comune alla moglie condotta col solo rito religioso? Io non esito a pronunciarmi per la opinione che respinge simile differenziale. Il matrimonio che fa di due persone una persona sola è il matrimonio ecclesiastico. La dispensa dal deporre non ha la sua ragione in un vincolo *contrattuale* o *giuridico*, ma in un vincolo *morale*. Il matrimonio non opera qui gli effetti suoi come un *quid juris*, ma li opera come un *quid facti*, il quale ha la sua sanzione dalla legge religiosa e morale. Quella dispensa perentoria ha la sua ragione nello sconcio che sorgerebbe dal porre in conflitto il dovere morale del coniuge verso il coniuge col dovere del cittadino di prestarsi ad illuminare la giustizia. Lo imperativo morale è sempre categorico, e sempre sovrasta alle esigenze della politica e tutte le vince. Provatevi a dirmi che il matrimonio ecclesiastico non genera fra i coniugi un

vincolo morale che meriti assoluto rispetto. Voi potete a talento vostro chiamare questa donna una concubina finchè giudicate dei suoi diritti in faccia al tribunale civile; ma non potete chiamarla con questo nome in faccia al tribunale della morale. L'ordine delle famiglie è legge suprema, perchè la famiglia precedette la società civile, e perchè questa non ha ragione di essere tranne come forza proteggitrice delle famiglie. Vorrete voi dirmi che il matrimonio ecclesiastico non crea una famiglia? Voi col dir ciò vi porreste in contradizione con voi medesimi, perchè una famiglia voi avete riconosciuto poter sorgere anche dal vero e proprio concubinato, quando avete accordato dei diritti ai figli *naturali*, quando avete attribuito autorità e doveri anche alla madre naturale, quando avete colpito con la scure destinata al parricida anche il figlio illegittimo. La famiglia è una forma dell'ordine umanitario, e nasce dai rapporti parentali, e così da una causa tutta naturale. Potranno essere a certi effetti diverse le condizioni di una o di altra di tali famiglie, ma una famiglia vi è sempre. La famiglia nata dal concubinato produrrà effetti più limitati fra i concubinarii perchè la loro unione ha per base la immoralità, quindi nessun dovere giuridico che leghi la persona della concubina verso l'uomo che la tiene a sua posta; ed invece effetti giuridici a favore della prole perchè questa è innocente, e pura da ogni immoralità. Ma nel concubinato similitudinario che la legge civile ha voluto trovare nella unione dei due individui che per congiungersi si appagarono del sacramento, non è possibile ravvisare immoralità. Da ciò la conseguenza che questa famiglia è pura da ogni vizio nella sua genesi: quindi la ulteriore conseguenza che la legge civile non contradice a sè medesima quando rispetta i vincoli morali che stringano fra loro i membri di quella famiglia. E se l'art. 286 ha giudicato esorbitante di esaminare come testimone contro la madre il figlio naturale riconosciuto dalla medesima, e lo ha espressamente vietato; viemeglio deve tenersi come esorbitante la tesi che qui combatto, perchè necessariamente bisogna riconoscere efficacia maggiore in un congiungimento che non offese la legge morale e la legge civile ad un tempo ma

limitossi a trascurare i precetti della legge civile mantenendo quelli della legge morale. Nè varrebbe obiettare che l'art. 286, ad inibire lo esame del figlio naturale contro la madre, ha richiesto come condizione il riconoscimento. È manifesto che il riconoscimento non richiedesi qui per la sua virtù di *contratto;* ma per la sua natura di prova di un fatto. La esenzione non emerge dalla prova, ma dallo stato di fatto: il quale non ha voluto la legge che si dimostrasse al mezzo di prove artificiali, sempre scandalose ed incerte. Ma il matrimonio ecclesiastico ha la sua prova documentale, che per fine di render certa la costatazione del fatto ha forza eguale a quella emergente dalla recognizione di filiazione.

Ed ecco come siasi già per due esempi veduto che se il matrimonio puramente ecclesiastico, è privo in molti casi di effetti giuridici, ai fini penali questa sua inettitudine non è *assoluta*, e non può farsene una regola apodittica e costante. Ovunque il matrimonio ecclesiastico dovrebbe essere operativo di vincolo giuridico potrà aversi per niente anche ai fini penali: ma ovunque esso è operativo come generatore di vincolo morale, il medesimo deve produrre i suoi effetti al pari del matrimonio civile.

7° Furto. — Più perplesso può forse sembrare il problema nella materia del furto. Sappiamo che da venti secoli si è rispettato il principio che tra marito e moglie non possa muoversi querela di furto. Ma se questa regola ha traversato venti secoli con perpetuo rispetto, bisogna però riconoscere che le ragioni di accettarla non sono sempre state nei vari tempi le stesse. Ora nello esaminare la questione se l'accusa di furto e la punizione per questo titolo di reato possa dirigersi contro il coniuge che abbia clandestinamente spogliato l'altro coniuge delle sue proprietà quando quel connubio non aveva ricevuto la sanzione del Sindaco, è inevitabile cercare la soluzione di tale quesito nella ragione alla quale s'informa la regola scriminatrice. Se la querela di furto si nega per la idea di una comproprietà, di una promiscuità di possesso, o di una qualche cosa di simile che abbia sembianza di rapporto obbligatorio giuridico intercedente fra i coniugi, dovrà senza dubbio

ammettersi che il matrimonio qui si valuta come un *quid juris*, e che le nozze meramente ecclesiastiche non valgono a salvare dalla pena del furto. Ma se invece (come è più consentaneo allo spirito delle odierne legislazioni) alla regola che esime dalla repressione penale le sottrazioni commesse tra i coniugi, si dà per motivo il rispetto alla pace ed all'onore delle famiglie, io non veggo davvero come possa negarsi la applicazione di quella regola al matrimonio ecclesiastico; perchè anche la famiglia costruita sulla base del matrimonio ecclesiastico è meritevole che non si turbi la pace sua. Io non oso preconizzare come sarà a pronunciarsi la giurisprudenza nostra sulla soluzione del problema in questa ipotesi del furto che presto richiamerà le lucubrazioni dei magistrati: ma per opinione mia la soluzione dovrebbe essere nel senso più favorevole. La legge non ha voluto che mediante un'azione penale fossero ventilati i segreti delle famiglie, intorbidata l'armonia, che sebbene per un disgusto momentaneo alterata fra i componenti di essa, sarà veloce a ripristinarsi dove non sia intervenuto lo scandalo di un pubblico giudizio. Coi processi criminali si soddisfa alle esigenze della giustizia; ma non si calmano, ed anzi troppo spesso si rinfuocano le ire private, feconde sempre di conseguenze funeste. Ecco i motivi che di tale scriminazione si leggono presso a poco ripetuti da tutti i legislatori moderni. Può egli supporsi nel nostro legislatore un tale odio contro il matrimonio ecclesiastico da niente curare i disordini che perturbino le famiglie costruite sulla base di quello? Siffatti disordini, che il legislatore ha temuto, sono ugualmente pregiudicevoli così nell'una come nell'altra di tali famiglie. Per negare ad una di queste la protezione salutare e benefica del velo col quale si voglion coperte le sottrazioni domestiche, bisognerebbe imprestare al legislatore un sentimento di odio e di ostilità, che sasebbe esagerato ed irragionevole.

8° Uccisione dell'adultero. — In altri miei scritti ho largamente mostrato quanto io reputi improvvida la disposizione speciale che il legislatore Sardo, ad imitazione del codice Francese, volle dettare per concedere una scusa al coniuge che in occasione di sorpresa in flagrante adulterio

avesse ucciso il coniuge od il complice suo. Questa disposizione è una superfetazione inutile, la quale non può produrre altro effetto tranne quello di infinite perplessità nella pratica: ed il codice Toscano che ne tacque affatto considerando il caso come contenuto nei suoi articoli 34 e 64 mostrò maggior sapienza pratica, e meglio provvide ai bisogni della giustizia. Di ciò ho detto altra volta, e qui lo ricordo soltanto per accennare che questa ottava esemplificazione non trova termini nella nostra Toscana finchè ci duri il benefizio del nostro codice del 1853. Certamente i nostri giurati, che hanno sempre accordato la più larga valutazione alla scusa del geloso furore eccitato nel coniuge ad occasione di un adulterio improvvisamente scoperto, non sarebbero per negare siffatta scusa quando il pubblico Ministero venisse a farli avvertiti che quella moglie sorpresa dal marito nel flagrante adulterio non era una moglie civile ma soltanto una moglie ecclesiastica. I giurati, che in mezzo a tanti difetti hanno però questo pregio culminante di rialzare la signoria del senso morale sopra le sofisticherie dei giuristi, riderebbero di simile osservazione avvertendo che la ragione della scusa sta nell'oltraggio al vincolo morale, e non nella violazione di un rapporto contrattuale.

Ma la questione può sorgere vivissima nelle altre Provincie d'Italia governate dal codice Sardo. Questo codice all'art. 561 volle imitare la Francia dettando una speciale disposizione che assicurasse la scusa al coniuge divenuto coniugicida nell'impeto di una dolorosa sorpresa. Ed ecco in faccia al positivismo di quella disposizione riprodursi il problema del matrimonio ecclesiastico. L'accusatore dirà non doversi accordare la scusa, come lo dice in tema di furto, perchè il giudicabile non era coniuge in faccia alla legge civile. Ripeterà che quella donna non era una moglie ma una concubina, e che la gelosia verso una concubina non merita la commiserazione della legge. Ripeterà che quel vincolo non era duraturo e perpetuo, mentre il coniuge legato soltanto dal rito ecclesiastico poteva alla dimane correre a nuove nozze civili. E se la scusa della sorpresa in adulterio avesse per suo radicale motivo un principio prettamente *giuridico* egli forse direbbe bene.

Ma io penso diversamente, perchè il matrimonio a questo luogo non è dalla legge penale considerato come un *quid juris* ma come un *quid facti*: e la scusa non ha sua ragione in *un diritto alla strage*, in uno *jus vitae et necis* che la legge odierna riconosca nel *paterfamiliae* il quale sia veramente tale in faccia alla legge. No. Questa scusa ha il suo cardine nel calcolo della dinamica morale; nel calcolo della minorata forza morale soggettiva del malefizio; nel calcolo dello impero prepotente che sopra i dettati della ragione esercita nell'animo del coniuge offeso lo sdegno giustamente eccitato allo aspetto del vilipendio proprio. Il quale sdegno è *giusto*, perchè ha la sua causa da un rapporto che niente ha d'*immorale:* e perciò se quando simile scusa si adducesse per il fatto di una concubina dovrebbe a tutto rigore respingersi per la immoralità della origine, non può respingersi pel solo vizio della mancanza di matrimonio civile, perchè questo è un vizio civile ma non è un vizio morale.

Nè può aver peso sulla bilancia la facoltà di divorziare che la legge nostra concede dovunque manca il matrimonio civile, perchè la scusa di che ragiono trovasi riconosciuta universalmente, anche da quelle legislazioni che ammettono in modo esplicito la balìa di divorziare per cagione di adulterio. La possibilità di un successivo rimedio che se ripara alle conseguenze dell'onta non vale a cancellarne il disdoro e il dolore, non è ragione che basti a negare la scusa.

Parrà forse che questa mia opinione mi ponga in contradizione con quanto ho detto sopra al n. 2. Ma lo appunto di contradizione sarebbe illusorio e sofistico. Io dissi (è vero) che la moglie meramente ecclesiastica non può essere accusata e punita per adulterio; perchè la legge civile non può elevare al grado di delitto il peccato di adulterio senza riconoscere nel marito il *diritto* di privativa sul corpo della moglie. Ora è repugnante supporre che la legge stessa, la quale nega al matrimonio ecclesiastico i caratteri di fatto giuridico, possa nel medesimo riconoscere la virtù attributiva di reciproci diritti fra i coniugi. Affermando ciò si verrebbe a riconoscere nel legislatore penale

la podestà di elevare a delitto civile un fatto che non è lesivo del *diritto;* lo che nello stato odierno della dottrina punitiva non è più tollerato. E questo io dissi, e questo parmi giustissimo. Ma quando la legge umana valuta il peccato di adulterio non più per farne un delitto in sè stesso, ma per ravvisarvi una giusta causa di sdegno meritevole di commiserazione in colui che da quel peccato risentì disonore ed affanno, non attribuisce al peccato un valore giuridico: ne contempla soltanto la efficacia morale. Non porta sulla bilancia della giustizia il peccato che non fu offensivo al diritto; ma vi porta la commozione di un'anima che non potè mantenersi fredda allo aspetto di quel peccato altrui che l'offendeva nella parte più viva del cuore, e che nello impeto della subitanea commozione ruppe il freno della ragione e della legge per una determinazione meno libera e meno malvagia. Non è dunque contradittorio che un fatto non si guardi dalla legge come delitto in sè stesso, e che al tempo medesimo valutisi dalla legge come scusa al delitto. Anche le offese alla religione, quando siano scompagnate da certi caratteri politici, non possono elevarsi a delitto civile, e sarebbe tirannica una legge che lo facesse. Ma ciò non ostante le offese alla religione, sebbene non costituenti in loro stesse delitto, possono e debbono dalla giustizia penale valutarsi come minoranti la imputazione a favore del credente che acceso di subitaneo sdegno allo aspetto di tali oltraggi avesse proceduto a violenze contro i profanatori.

Anche in questo ottavo esempio io persisto dunque a riconoscere nel matrimonio ecclesiastico una efficacia valutabile dalla giustizia penale.

La importanza pratica dei problemi che ho qui toccato non può disconoscersi. Quando io aveva l'onore di sedere nella Commissione incaricata del Progetto di Codice Penale Italiano richiamai l'attenzione dei miei illustri colleghi su questo argomento. Essi ne riconobbero il grande interesse. Ma quando ci trovammo a fronte le spinose difficoltà che presentava questa delicata materia ci trassimo indietro; e giudicammo inopportuno il tentativo di sciogliere legisla-

tivamente i molteplici nodi che presenta siffatta materia. E risolvemmo di lasciare lo arduo còmpito alla giurisprudenza. E se io in questo scritto ho osato anticipare qualche pensiero che precorre le risoluzioni giurisprudenziali, non ho inteso di farmi giudice della questione; ma soltanto di portare alla dottrina il debole contributo di un amatore, aspettando da altri la luce.

OSSERVAZIONE X.

Si dimostra che il legislatore penale nel determinare il regolamento di due competenze concorrenti deve dettare, per quanto è possibile, un precetto assoluto e costante, anzichè lasciare la scelta all'accusatore.

Arbitrio sopra la legge.

Ogni giorno che corre in Italia la sua vita pratica il nuovo codice di procedura penale, segna per sempre a nuovi caratteri il progresso dei trionfi dell'empirismo sopra la scienza e dell'arbitrio umano sopra la legge nelle materie penali. Oggi vengo a contemplare l'art. 26 del codice di procedura penale.

Un individuo aveva spacciato due fogli falsi di Banca in due diverse provincie che dipendevano da due diversi circoli di Assise.

Furono istruiti i due processi, e venne a conoscersi la convenienza e la giustizia di compierli con un solo giudizio. Giustissimo ed incontrastabile era ciò.

Ma a quale delle due Corti di Assise doveva essere inviato colui?

A questa dimanda rispondeva la ragione e la scienza; rispondeva la dottrina e la pratica, vecchia quanto Azzone e Giasone, giovane quanto Paoletti e Renazzi e Carmignani. Rispondevano con unanime voce tutti i Dottori non dovere essere arbitro della scelta nè gli accusatori, nè lo accusato: doverla determinare *la legge* che deve essere sovrana di entrambo: doversi determinare la scelta con la teorica della *prevenzione*.

La prevenzione si costituisce dalla *anteriorità* o dalla *poziorità* della citazione.

Se i due Tribunali non fecero che intimare (*citazione verbale*) il giudicabile a comparire avanti loro, vince l'*anteriorità*. Chi citò *primo* è padrone del processo ed assorbisce la giurisdizione.

Se invece uno dei due Tribunali intimò l'accusato; ma l'altro (anche posteriormente) si impossessò della sua persona e lo arrestò (*citazione reale*) vince (supposta sempre la parità delle competenze) la *poziorità* della citazione. Chi si impossessò della persona dell'accusato ha assorbito la giurisdizione dell'altro, ed è il solo padrone del giudizio.

Questa teorica, così semplice e così razionale da non avere bisogno di dimostrazione, era stata unanimemente e costantemente insegnata per quattro secoli per tutta Europa.

Ebbene! anche questa dottrina oggi in Italia non è più vera per il nuovo art. 26.

E non è più vera per la perpetua ragione che oggi in Italia non più deve comandare la *legge*, ma l'arbitrio dell'uomo. E ciò è ben naturale. La legge comandava quando si faceva dai Re; oggi che si fa dai Parlamenti è una giusta rivincita che il potere esecutivo abbia la balìa di farla tacere.

Verificatosi testè in Italia il sovra esposto caso, leggo nel *Giornale dei Tribunali di Milano* che un R. Procuratore ha sottoposto il caso ad una Corte Suprema come se si trattasse di conflitto di giurisdizione: e passiamo su ciò: non faccio questione di chi debba essere competente a decidere fra le due giurisdizioni. E concorderò che quantunque in casi analoghi abbia in altri tempi veduto pronunziarsi la Sezione di Accusa, siasi voluto oggi stabilire che debba farsi richiamo alla Corte Suprema. Nessuna difficoltà su questo punto. Ma leggo inoltre nello stesso giornale che il Regio Procuratore ha invitato quella Corte a destinare un Circolo di Assise piuttosto che un altro non già per la teorica della prevenzione (che allora avrebbe invocato l'oracolo della scienza) ma per certe sue ragioni di comodi.

Io non elevo censura contro questo fatto del pubblico

ufficiale, nè contro la Corte che abbia creduto di secondarlo. Poichè quello nel chiedere e questa nello accordare avevano dalle veglianti leggi la balìa di dar valore a siffatti motivi, l'uno e l'altra sono incensurabili.

Ma censurabile e viziosa è senza dubbio la legge che accorda tanta balìa allo accusatore. Un reo trovasi detenuto in una prigione sotto una giurisdizione che già si è impossessata di lui: egli avrebbe colà prossimo il suo Circolo di Assise, il conforto dell'assistenza di sua famiglia, il conforto degli amici e dei conoscenti che conoscono la sua vita anteatta. Egli avrebbe colà i patroni di sua fiducia, i quali lo assicurano che il delitto da lui commesso in quella giurisdizione gli guarentisce una prossima seduta alle Assise della sua patria. Ma tutto questo si dilegua e gli viene tolto con un decreto pronunciato dietro le sue spalle. E perchè? Perchè egli commise altro reato consimile nel passare da una città lontana forse trecento miglia: e perchè all'uffizio dell'accusa torna più comodo avere il dibattimento colà. Per questo supremo motivo quel disgraziato dovrà soffrire i patimenti del trasporto da prigione a prigione: l'onta di essere fatto spettacolo, stretto fra i manettoni, alla curiosità della plebaglia durante quel lungo viaggio: dovrà soffrire il ritardo che indispensabile ne consegue: dovrà soffrire il dolore della lontananza dei suoi: dovrà gettarsi in braccio a patroni sconosciuti, o sacrificare ingenti somme per il disagio del patrono di sua fiducia. Nel fondo della sua cella come fulmine a ciel sereno lo colpisce questa tremenda notizia; e non ha altro conforto tranne gli strazianti gemiti della consorte e dei figli disperati al vederlo partire. E forse? Forse chi sa dopo tanto strazio egli andrà a ricevere un verdetto che lo proclamerà innocente! Non è abbastanza grave per sè stessa la custodia preventiva, che se ne debba raddoppiare e triplicare il martirio con inutili rigori?

Io ripeto che non dico sillaba contro chi così chiese e contro chi così decretò. Forse in quel caso fu prudente il chiedere e prudente il decretare: e voglio anche crederlo. Ma poichè ciò può riprodursi anche in opposte condizioni (e senza possibilità di rimedio) io ripeto che la legge la

quale permette ciò, non solo è ingiusta ma iniqua. Essa fu dettata *inconsultamente*, perchè si dimenticò la teorica della *prevenzione giudiciale ;* mentre la teorica della *prevenzione* si fondò precisamente dai pratici sopra ragioni santissime di umanità come regola assoluta ed indeclinabile, perchè i carcerati non si trascinassero da prigione a prigione.

Che consimili dolori si arrechino per *suspicione* legittima, sta bene: ma che ciò si faccia per minorare all'ufficiale del Pubblico Ministero gli incomodi del viaggio, o per risparmiare qualche cento lire all'erario, la umanità non lo tollera.

Ma in grande abbaglio io sono caduto testè scrivendo che l'art. 26 fu dettato *inconsultamente*. È impossibile che i dottissimi compilatori dei tre codici del 1847, del 1859 e del 1865, i quali nei rispettivi articoli 23 e 26 copiarono alla lettera le identiche disposizioni (trasportando in un Reame libero gli ordinamenti di un governo assoluto) ignorassero o dimenticassero la elementare teorica della prevalenza di giurisdizione derivata dalla cattura del reo. No: quelle disposizioni si vollero così per maturato consiglio. Chi conosce lo spirito al quale da capo a fondo si informano i nostri procedimenti penali, che è quello sempre costante di dare agli accusati il minimo possibile di guarentigie; e di dare agli accusatori dei freni apparenti e delle balìe illimitate, facilmente si persuade che a questo spirito si conformarono anche i precetti dell'art. 26. Infatti quali sono i *criterii* per i quali vuole quell'articolo che (dove non sia prevalenza nella *gravità* o nel *numero* dei delitti) si determini la scelta del Tribunale competente? Udiamolo — ivi — *Se nell'interesse della giustizia, o per riguardo ad altre circostanze fosse più conveniente.*

Lascio andare la prima formula — *nell'interesse della giustizia* — sebbene ancor essa sia troppo elastica per la facilità con la quale le comodità degli accusatori possono assumere la sembianza di interesse per la giustizia. Taccio di questa, e mi fermo sulla seconda. Videsi egli mai una legge la quale dasse per condizione o limite del suo precetto LA CONVENIENZA DI QUALCHE ALTRA CIRCOSTANZA senza neppure accennarne i caratteri generali! Questo è l'istesso

che dire *quando piacerà o farà comodo*. Tra formula e formula non vi è divario di un atomo. La *circostanza* che mi farà trascinare per più di cento miglia da prigione a prigione potrà essere un reuma dell'accusatore che a lui renda grave un lungo viaggio; potrà essere una simpatia per gli ufficiali che governano un circolo di Assise: tutto è una *circostanza* che fa parere *conveniente* all'accusatore di strapparmi dai miei giudici *naturali*, cioè da quelli che mi verrebbero assegnati dalle tre ragioni del mio *domicilio*, del *luogo del delitto*, e del luogo della mia *detenzione*.

Nè dicasi che il giudice della convenienza di quelle circostanze deve essere poi la Corte di Cassazione: ed in questa dobbiamo aver fede. E chi è che non abbia fede in questo supremo palladio della legge! Guai se anche questo mancasse; diverrebbe una necessità lo emigrare dall'Italia. Io forse più di ogni altro ne venero la sapienza, ne ammiro la imparzialità, ne lodo il coraggio col quale seppe tante volte rendersi superiore alle smodate esigenze degli organi del potere esecutivo. Tolga Iddio che manchi alla povera Italia anche questa fede!..

Ma sa ognuno che il giudice anche più sapiente ed umano ha bisogno di essere *informato*, perchè quantunque dottissimo non è *profeta:* e che per essere *informato* ha bisogno di *udire entrambo le parti:* e tutti ricordano la vecchia sentenza che il giudice quando pronuncia PARTE INAUDITA ALTERA *etiamsi justus haud aequus fuit*. E chi è memore di queste verità non può non tremare quando considera che in affare di tanto momento, qual'è la destinazione del giudice chiamato a condannarmi forse a pena perpetua, si decide senza contradittorio; senza che il povero accusato possa contrapporre alle *circostanze* allegate dal pubblico Ministero le sue *circostanze* che possono essere più serie, più vere e più decisive. Pare impossibile che siasi spinta tant'oltre la violazione di quella sentenza *la legge è uguale per tutti*, la quale si è vergata sui cartelloni e cancellata nel codice di procedura. Ma come poteva qui deviarsi dallo spirito generale di quel codice e dalle speciali disposizioni dell'art. 771! Ivi si regolano i trasporti di giurisdizione per ragione di *sospetto*, e si dispone che

se la domanda di *sospetto* contro un Tribunale si muove dall'*accusato* si debba ascoltare su quella il *Pubblico Ministero*: e questo è giustissimo. Ma se la domanda di *sospetto* si muove dal *Pubblico Ministero* si giudica in Camera di Consiglio *senza chiamare nè ascoltare l'accusato.* Evviva la uguaglianza della libera Italia! Evviva la legge uguale per tutti! Sempre mistificazioni.

Io conosco altre legislazioni che stimarono prudente di costituire giudici i Tribunali superiori sulla convenienza o no di obbedire alla teorica della *prevenzione.* Ma quei codici non posero a condizione del supremo giudizio una *formale istanza dell'accusatore*, lasciando la *cognizione* delle cause di tale giudizio al libero studio dei giudicanti: laddove l'art. 26 impone loro una deferenza all'*avviso* (che è quanto dire *al parere*) del *Pubblico Ministero* che deve essere *inteso* da loro, mentre non si ascolta alcun rappresentante dell'accusato. La differenza ad occhi volgari sembrerà minima: ma essa invece è culminante e fatale.

Finchè ad un supremo Tribunale si *denunzia* da due Tribunali inferiori un conflitto, il supremo giudice procederà con animo vergine e per mera cognizione e prudenza propria. A lui familiare la teorica della *prevenzione* le farà eco se circostanze eccezionalissime non la dissuadono, e queste dovranno essere gravi e preponderanti; nè avrà mai cuore di ordinare ad un carcerato un lungo viaggio fra le catene con tutta la sequela di dolori e privazioni che ne deriva. Il supremo giudice è *libero* nel suo giudizio: non ha esitanze nè rispetti umani: non ha in una parola bisogno di pronunciare contro uno dei supremi organi del potere esecutivo l'aspra parola, *voi avete torto.* Ma invece per le veglianti leggi d'Italia il supremo giudice pronuncia sotto l'incubo di un *suggesto* dell'accusatore che nessuno si presenta a contradire. Egli non può liberarsi da quel *suggesto* rispondendo che contro i proposti argomenti di *convenienza* esistono altre solide ragioni assai più gagliarde che dissuadono la proposta e desiderata scelta. Come può egli contrapporre queste gagliarde ragioni di umanità alle esagerate convenienze, sé *nessuno glie l'ha dette!!* Ha egli forse il dono profetico per indovinare che quel carce-

rato è in uno stato tristissimo di salute, o che in uno stato tristissimo di salute sono i testimoni che meglio lo favoriscono; sicchè questi non possano comparire alle lontane Assise dove sarà rinviato il giudizio, e quello vi comparirà con malconcia salute e con rischio di vita? Sia pure rispettabilissimo, come lo è sempre, il collegio supremo: ma *circostanze di fatto* ignote a lui, e che lo determinerebbero senza esitanza a respingere una richiesta che pone sotto i piedi o le necessità di difesa o i bisogni della umanità per una *convenienza* di comodo personale o di economia finanziaria, non può indovinarle davvero se al reo (allo scuro di quella vertenza e di quel pericolo) si è preclusa ogni possibilità di opporsi e di stornare il fulmine che a lui sovrasta. Ma a che mi prolungo di più? Quando si è detto che in cosa tanto vitale si decidono le sorti di una parte senza ascoltarla mentre ascoltasi il suo avversario, si è detto quanto basta per definire i tempi che corrono per la giustizia nella libera Italia.

La questione risale a principii più generali di quello che a prima vista non sembri. Risale al problema fondamentale dei *diritti della difesa.*

Ha o no ogni e qualunque accusato il *diritto* (vero diritto) ad esercitare la propria *difesa?* Ha o no *diritto* (vero diritto) alla assistenza di un *patrono*, senza il presidio del quale la difesa del povero chiuso nel fondo di una cella diverrebbe effimera per la sua inettitudine?

Sappiamo che questo diritto si negò da Francesco I di Francia, e nuovamente da Luigi XIV. Ma sappiamo altresì che al tempo medesimo esso si riconobbe come sacro ed inviolabile da tutte le altre culte nazioni; e che ormai quella verità è riconosciuta da tutte le scuole e da tutte le legislazioni civili. Sarebbe una perdita di tempo spender parole per tornare a dimostrare ciò che oggi nessuno (neppure i più retrivi criminalisti) oserebbe a fronte aperta impugnare.

Ma la conquista del riconoscimento di siffatta verità non bastò alle esigenze del progresso civile. La logica è inesorabile. Ammesso una volta un principio è inevitabile che si corra veloci a tutte le sue deduzioni.

Se la balìa del patronato voi riconoscete come sacro di-

ritto di ogni cittadino sul capo del quale si solleva la spada di un'accusa, questo diritto (si disse) non può limitarsi nel suo esercizio ad un certo periodo e negarlo ad un altro. Dal primo momento in cui sorse l'aggressione dell'accusa, sorse il diritto della repulsa e della difesa. Dunque (se ne concluse) bisogna permettere l'esercizio di quel diritto anche prima del giudizio orale e durante tutto il corso della scritta procedura.

Ed ecco sorgere una giovine scuola sostenuta in Italia e fuori d'Italia da gagliardissimi atleti, la quale correndo tutta la linea del suo pensiero mira alla demolizione del segreto nella scritta procedura; alla demolizione di ogni processo inquisitorio; ed alla pubblicità di tutte le verificazioni criminali ed alle libere contestazioni del *patrono* fino dal primo momento in cui l'azione penale comincia a svolgersi all'*offesa* di un cittadino. Ed ecco un nuovo tema interessantissimo di polemiche fra gli odierni criminalisti; ed ecco di tale problema occuparsi i congressi giuridici, e pubblicarsi da dotte penne elaboratissimi scritti nell'uno e nell'altro senso. La pena di morte, la custodia preventiva, la difesa durante la scritta procedura, sono oggi (può dirsi) i tre argomenti più serii, le tre questioni più palpitanti che preoccupino le menti dei criminalisti italiani.

Io non voglio adesso portare parola su questo nuovo ed interessante problema, ma dirne soltanto quello che torna acconcio all'argomento di questa mia osservazione.

Se a sostegno della novella tesi dei progressisti sta senza dubbio la inesorabilità della logica, bisogna però confessare che a sostegno dei loro oppositori stanno i pericoli della tutela giuridica. Abolire il segreto durante il procedimento inquisitorio, e ammettere la sorveglianza di un *patrono* in tutto il corso della istruzione, condurrebbe seco non solo il danno di maggiori ritardi, ma propriamente una difficoltà insuperabile a raggiungere la scoperta dei colpevoli fortificati dal presidio delle loro malizie, dei suggerimenti ingegnosi dei patroni, delle esitanze e dei pervertimenti dei testimoni. Questa conseguenza di fatto è incontrastabile. Io stesso la ho sempre riconosciuta in tutti i miei scritti. E la stimo di tanto peso che non saprei prevedere un av-

venire alla novella dottrina. Non mi si apponga dunque di farmi anch'io propugnatore di novità pericolose.

Ma che perciò? Se una riforma *integrale* è impossibile ne avviene egli che debba respingersi ogni riforma parziale e restarsi perpetuamente stazionarii in un sistema che ci presenta ogni giorno il deplorevole spettacolo di cittadini sottoposti per lunghi mesi a gravissimi patimenti e poscia riconosciuti innocenti! No. Se àvvi esagerazione inaccettabile nel mutar tutto, àvvi pertinacia irragionevole ed ingiusta nel niente mutare. È questo il solito vizio delle cose umane, di andar sempre nelle controversie alle opinioni estreme senza ricordare che il dilemma è la più vulnerabile di tutte le argomentazioni.

Non volete la pubblicità e la difesa prima dell'orale giudizio perchè stimate necessario il segreto a raggiungere accorti colpevoli mediante l'opera lenta e misteriosa di una sagace inquisizione? Ebbene; lo sia. Ma perchè vi ostinate a negare al carcerato la libera difesa anche quando la vostra inquisizione è *completa*, e così sono cessati i pericoli che voi temete? Questo è sofisma: farsi arme di ragioni per sostenere conseguenze alle quali non soccorrono le ragioni.

Fermiamoci al presente argomento. Quando sorge il dubbio se il carcerato debba inviarsi al circolo di Assise di Chiavari od a quello di Massa i due processi inquisitorii sono compiuti. Non vi è dunque pericolo di evasioni, di toglimento di prove, di pervertimento di testimoni. Perchè dunque conservate il segreto; perchè non volete che il giudicabile proponga gli argomenti suoi, e che un patrono lo soccorra in questo supremo momento?

OSSERVAZIONE XI.

Si dimostra la utilità che quando in un reato può apparire dubbioso il suo *momento consumativo*, sia dalla legge definito in termini chiari, onde non avvenga che per l'identico fatto si punisca oggi un cittadino come responsabile di delitto consumato, e dimani altro cittadino come responsabile di semplice tentativo.

Momento consumativo del furto.

Non è nuovo il pensiero che il furto raggiunga la propria consumazione allora soltanto quando il ladro abbia recato in sicuro l'oggetto furato trasportandolo in quel luogo che secondo il disegno suo egli aveva destinato al medesimo onde averlo sotto la propria signoria: *eo loco quo destinaverat.* Ma fu opinione fuggevole di qualche Dottore, accettata talvolta per contingenze speciali in qualche fase giurisprudenziale a cagione dell'odio contro la pena di morte; nè mai si riconobbe come precetto universale e costante, nè mai si elevò al grado di seria dottrina scientifica essendosi in quella vece quasi universalmente mantenuta la vecchia opinione proclamata dai giureconsulti Romani (1).

---

(1) Sulle diverse teoriche intorno al *momento consumativo del furto* è stata recentemente pubblicata coi tipi Cino a Pistoja una dissertazione del Dottor Gismondo Gualtierotti Morelli, la quale sotto il punto di vista storico ed espositivo niente lascia a desiderare.

Novellamente peraltro quella opinione si è rivestita di artificiosi ragionamenti intarsiati di studiate argomentazioni pretendendo coordinarla ai principii del giure punitivo per guisa da formarne una gagliarda ed assoluta teorica: la quale se fosse vera costringerebbe tutte le giurisprudenze che seguitarono costanti la opposta regola, e specialmente la giurisprudenza Toscana così antica come moderna, che mai deviò dalla medesima, ad arrossire sotto il rimprovero di avere perpetuamente dato sanzione ad una ingiustizia vituperosa ed irragionevole.

Ma quella teorica io non credo vera, malgrado il novello armamentario di raffinata dialettica che si è posto innanzi al fine di sostenerla. Io la credo perplessa ed iperbolica nelle sue formule; falsa in faccia ai principii della scienza; sofistica nelle sue argomentazioni; e pericolosa in ogni pratica applicazione. Essa è meritevole di seria confutazione soltanto per la frequenza della materia e pel modo autorevole e prestigioso col quale essa vorrebbe imporsi nella dottrina del furto. Esporrò dunque in modo succinto la novella teorica ed i ragionari dei suoi fautori: quindi passerò a dimostrarla inaccettabile per buona giustizia.

§ 1. *Sinossi della nuova teorica.* I nostri avversarii pongono a base della nuova dottrina la seguente proposizione. *Il furto* (essi dicono) *consiste nel togliere un oggetto dalla sfera dell'attività patrimoniale di alcuno per trasportarlo nella sfera della propria attività patrimoniale;* e il delitto di furto non può dirsi consumato e perfetto finchè non sono compiuti questi due fatti: toglier la cosa dalla *sfera dell'attività patrimoniale* di chi la godeva, e porla sotto l'*attività patrimoniale* del ladro. Nel primo fatto si estrinseca la *consumazione soggettiva* del furto, ma soltanto nel secondo si può riconoscere la sua *consumazione oggettiva;* e fino a questa il delitto non è consumato. Il furto dunque non è *perfetto* finchè il ladro non ha portata la cosa furata in quel luogo che egli aveva destinato onde averla in sicuro sotto la mano propria, e poterla dire veramente recata nella sfera della propria attività patrimoniale. È dunque vanità muover dubbio se nel reato di furto possa configu-

rarsi la ipotesi del *delitto mancato*. Questa è anzi frequentissima nel furto, perchè si ha tutte le volte che il ladro ha esaurito la *consumazione soggettiva* ma non anco esaurita la consumazione *oggettiva*; nel che appunto consiste, per lo insegnamento di Romagnosi e per la concorde dottrina di tutti i criminalisti, la condizione costitutiva del delitto mancato.

Su questa base procedendo alla delimitazione dei casi, i nostri avversarii dividono il reato di furto in quattro momenti.

Il primo momento è quello in cui il colpevole introdottosi in qualche luogo, anche mediante effrazione, chiave falsa, o scalamento, muove in cerca della cosa che brama rubare, ma non ha ancora *posto la mano* sopra la medesima. In questo primo momento essi non veggono che atti meramente *preparatorii*, esenti da qualsisia punizione tranne quella che meriti per sè stesso il fatto materiale della introduzione nello altrui, non bastando i medesimi a costituire un conato punibile per la loro indole equivoca, poichè non ancora si può affermare quale è il fine (sia pure criminoso) pel quale quell'uomo si è introdotto colà, nè quale è la cosa che egli intendeva rubare.

Il secondo momento è quello che corre dalla *apprensione* dell'oggetto per lo scopo di furto fino a che l'oggetto stesso non è dal ladro portato al di là del confine della sfera di attività patrimoniale di chi lo godeva; e dicasi (per meglio concretare la idea) fuori della casa, o fuori del recinto dove stava la cosa furata. In questo secondo momento svolgesi (secondo loro) il periodo della consumazione soggettiva del furto, e conseguentemente il periodo del suo *tentativo punibile*, il quale comincia allora soltanto quando il ladro ha posto in essere la *apprensione* (primo atto esecutivo che manifesti esteriormente l'animo di rubare) e finisce allora soltanto quando lo agente ha interamente tolto la cosa dalla sfera di attività patrimoniale di chi la teneva. Il ladro che afferrò l'oggetto e via lo portò, ma fu sorpreso prima che fosse uscito dalla casa del proprietario, od avesse varcato il recinto del parco od altro simile confine di quella prima sfera, e vide colà entro ritogliersi a lui la cosa ago-

gnata, non può sottoporsi ad altra pena tranne quella del *furto tentato.*

Ma se nel modo di vedere dei nostri avversarii il periodo del tentativo di furto ha il suo ultimo confine quando il ladro con seco l'oggetto preso ha varcato la soglia di quella casa o il limite di quel recinto, non è perciò che secondo loro trovisi sempre su questo confine il furto consumato. No (dicono essi) qui incontrasi il più delle volte un terzo momento, ed in questo non sta nè il semplice *tentativo* nè il furto *consumato*, ma bensì la figura del *furto mancato.* La cosa è tolta dalla prima sfera di attività patrimoniale, e così la consumazione soggettiva è compiuta. Ma il ladro abita di là distante, oppure disegnava trasportare quella cosa in luogo lontano di là, ed ivi averla in sicuro. La consumazione *oggettiva* incominciata col varcare quella soglia o quel recinto della prima sfera non è esaurita finchè la cosa non è definitivamente portata nella seconda sfera, vale a dire nel luogo che il ladro le aveva destinato onde averla in sicuro sotto la propria mano e poterla liberamente godere. Dunque se in questo intervallo fra la casa dove stava l'oggetto e la casa del ladro, questi è sorpreso, gli è ritolto l'oggetto stesso, oppure è questo da lui smarrito, non si ha completa la consumazione *oggettiva*; e il ladro è responsabile unicamente di furto mancato: conclusione secondo loro chiarissima per modo da fare le meraviglie come se ne possa da noi dubitare.

Il quarto ed ultimo momento del furto è quando il ladro ha definitivamente posto la cosa rubata nella sfera della sua attività patrimoniale: e soltanto in questo può trovarsi la consumazione del furto. Sia che il ladro destinasse celare la cosa furtiva in un suo nascondiglio, sia che destinasse consegnarla ad altri per arricchirsi del suo valore, od altro simile disegno, il furto non è *oggettivamente* consumato finchè il ladro non abbia riposto la cosa nel nascondiglio, o non l'abbia effettivamente consegnata, od in altra guisa compito il disegno suo. Prima di ciò potrà ben tenersi a calcolo il ladro come responsabile di *furto mancato*, ma non potrassi infliggere a lui la pena ordinaria del furto *perfetto*, perchè il reato sebbene *soggettivamente* perfetto non era ancora perfetto *oggettivamente.*

Tali sono le regole pratiche nelle quali si esplica la novella teorica; ed i seguaci della medesima non esitano a dedurne la conseguenza (d'altronde logica ed intuitiva) che se il ladro dopo aver preso la roba mia, e dopo averla tolta dalla mia casa, dopo averla anche correndo parecchie miglia trasportata verso il luogo da lui destinato, se prima di giungere a questo si penta, ritorni indietro e riponga la roba al luogo primitivo, non è niente punibile, perchè al furto è mancata la propria consumazione per causa dipendente dalla volontà dello agente.

La *contrectatio* (proseguono a dire gli avversari) si costituisce da due momenti indispensabili entrambo alla essenza sua, cioè la *apprehensio*, e la *amotio*. La sola *apprehensio* non le basta se non è ancora avvenuta la *amotio:* e qui dicono benissimo.

Ma la *amotio* (proseguono essi) si compone di due termini: un termine *a quo*, ed un termine *ad quem*. Il termine *a quo* si rappresenta dal luogo dove il proprietario aveva situato la cosa sua; il termine *ad quem* si rappresenta dal luogo dove lo agente voleva portare quella cosa per farsene padrone. Finchè la cosa non ha raggiunto questo ultimo luogo la *amotio* non ha ancora raggiunto il suo termine *ad quem*; e se la *amotio* non ha ancora raggiunto il suo termine *ad quem* essa è tuttavia *incompleta*. Se è incompleta la *amotio* è incompleta la *contrectatio*. Se è incompleta la *contrectatio* il furto è *imperfetto*, ed è errore gravissimo pretendere di trovarvi un furto consumato.

Finalmente i sostenitori della nuova teorica si danno a confortarla con argomenti *esteriori*; ed io li appello esteriori, perchè non emergono dalla ontologia del furto ma da contingenze estrinseche nelle quali il delitto s'incontra, mentre corre alla propria punizione. Questi argomenti esteriori si traggono l'uno dal *diritto positivo*, e l'altro dalla *ragione politica*.

Argomentando dal *diritto positivo* gli avversarii dicono che l'art. 46 del codice Toscano e l'art. 97 del codice Sardo sono disposizioni *generali* dettate per tutti e singoli i reati senza limite nè eccezione. Se dunque il legislatore con una disposizione generale, da lui indistintamente promulgata

per tutti e singoli i malefizi, impose che il delitto mancato in tutti e singoli si punisse, è in certa guisa sacrilego il pensiero che vi siano delitti i quali non possano punirsi come mancati. Ciò vale lo stesso che farsi superiori al legislatore, e cancellarne i precetti, e limitarli ad arbitrio privato, o limitarli dove esso li volle illimitati.

Argomentando dalla *ragione politica* dicono gli avversari non rispondere a giustizia e non essere conforme ai bisogni della tutela giuridica che si punisca ugualmente il ladro infelice al quale venne tolto il bottino mentre stava per introdurlo nel proprio domicilio, ed il ladro fortunato che se ne arricchì secondo il divisamento suo. Non essere nei due casi identico il danno immediato; non essere identico il danno mediato; essere iniqua la parificazione dei due casi.

Ecco esposta in forma succinta ma candida e genuina la nuova teorica della consumazione del furto, quale io ho potuto raccoglierla e comprenderla da parecchi e parecchi scritti che mi sono caduti fra mano. Essa è costruita con una speciosità ingegnosissima. Ma io dissi che la medesima è perplessa ed iperbolica nelle formule; aberrante dai cardini della scienza; sofistica nel suo svolgimento dialettico; pericolosa nelle sue applicazioni: ed ora vado a svolgere con paziente analisi queste mie quattro asserzioni.

§ 2. *La nuova teorica è perplessa ed iperbolica nelle sue formule.* La *perplessità* della formula cardinale della nuova teorica io la ravviso nello *indefinito* nel quale rimane questa *attività patrimoniale* di che tanto si parla. Riduciamo la questione a termini semplici e piani, togliendola dal vago di un linguaggio nebuloso ed elastico. Qual è il concetto concreto che nel vostro modo d'intendere si contiene in codesta formula, *attività patrimoniale?* È desso la *proprietà* della cosa, oppure soltanto il *possesso*? Voi non lo dite. Ma pure bisogna saperlo. Io voglio supporre che cotesta attività patrimoniale esprima anche per voi il concetto di mero *possesso* e non quello di *proprietà*. Supponendo ciò, io credo di mettere la vostra tesi sopra il terreno più a lei favorevole; perchè se voi per attività patrimoniale intendeste la *proprietà* ed io mi facessi a combat-

tere la vostra tesi sotto questo concetto, sarebbe tosto nel falso la vostra formula cardinale, perchè nessuno ammette nè ammise mai che la essenza del furto consista nel togliere ad uno la *proprietà della cosa sottratta* e nello attribuire al ladro la *proprietà* della medesima: e nessuno ammise nè può ammettere ciò, perchè ne verrebbero intollerabili assurdi i quali sotto un aspetto renderebbero difficilissima la punizione del furto, e sotto un altro la renderebbero sempre giuridicamente impossibile. Sarebbe assurdo sotto il primo aspetto cercare nel furto una violazione di *proprietà*, perchè ciò condurrebbe l'accusa nella necessità di fare ad ogni furto la prova diabolica del dominio nel paziente; e sfuggirebbero alla repressione tutte le sottrazioni commesse a danno di chi (quantunque pacifico detentore della cosa sottratta) teneva la cosa stessa a titolo precario, o per altro modo non può asserirne in sè stesso il dominio: laddove è proposizione pacifica non mai controversa che vero furto commettasi anche a danno del ladro, il quale certamente non è proprietario. Sarebbe assurdo sotto il secondo aspetto richiedere alla essenza del furto che il ladro siasi renduto *proprietario* della cosa furata, perchè ciò condurrebbe alla perpetua impunità del furto per la notissima regola di giure civile che *fur numquam praescribit*, che il ladro giammai quesisce la *proprietà* della roba furtiva. Parmi dunque che sotto quella formula di attività patrimoniale io non possa in buona fede supporre il concetto di *proprietà*, perchè in ciò mi porrei sopra un terreno troppo per me vantaggioso a combattere: ma debba invece supporre che sotto quella formula diafana si celi il concetto di *possesso*. Lo che vale quanto dire (convertendo la nuovissima formula nel povero linguaggio delle comuni scuole) che la essenza del furto consiste nel *togliere un oggetto dal possesso di alcuno per trasportarlo nel possesso del delinquente*. Noi non intendiamo di tramutare le parole dei nostri avversarii per mutarne il concetto. Intendiamo soltanto di tradurre la loro formula in un linguaggio semplice e netto, che da tutti si possa intendere. Se male noi abbiamo compreso la loro formula, non accusino noi ma bensì la perplessità della medesima. E se

a mente loro *attività patrimoniale* non esprime nè *proprietà* nè *possesso* ma una terza cosa immaginata da loro, illuminino di grazia la nostra ignoranza e ci facciano intendere com'è questa terza cosa. Non è la prima volta che certe scuole hanno volto a noi una parola di compassione pubblicando nei giornali che noi non siamo neppure capaci d'intendere il loro linguaggio: e sarà vero pur troppo. Ma se essi hanno l'alta missione d'illuminare li ignoranti bisogna bene che questo santo ministero essi compiano in modo conveniente, vale a dire parlando in guisa che i corti intelletti, i quali sono la maggioranza degli uomini, possano intendere gl'insegnamenti loro ed a quelli erudirsi; anzichè fare dell'alta loro dottrina una scienza jeratica.

È poi *iperbolica* la formula cardinale dei nostri avversarii, perchè la parola *sfera* non ci sembra si adatti alla soggetta materia tranne in un senso figurativo e quasi poetico. Essi parlano di quelle due *sfere di attività patrimoniale* respettiva del primo possessore e del ladro come se si trattasse di due cose reali e *materialmente discernibili* l'una dall'altra. E davvero se la loro teorica non è destinata a rimanere nello ambiente vaporoso dell'Accademia, ma è destinata a funzionare nella vita del foro, bisogna bene che qualche volta quelle due sfere scendano a configurare una *materialità*, se si vuole che il giudice per amministrare buona giustizia si faccia a determinare il punto ed il momento nel quale la cosa furtiva ha fatto il suo egresso dalla prima sfera ed ha fatto il suo ingresso nella seconda sfera.

Ora sforzandoci a concepire una idea materiale di quelle due sfere osserviamo innanzi tutto che i cultori delle scienze esatte non andranno così presto d'accordo a concedere a noi giuristi l'uso dei termini loro se non li prendiamo tali quali essi li hanno creati per il loro servizio. Ogni sfera deve avere un *centro:* e noi dimandiamo agli avversarii quale è il *centro* di questa *sfera di patrimoniale attività*. Evidentemente essi ci risponderanno che quel *centro* è la *persona* del possessore. Ma siccome io posso trovarmi parecchie miglia discosto dalla casa mia, così bisogna per necessità riconoscere che qui si viene immaginando una *sfera*

la quale ha il suo *centro fuori di sè medesima:* lo che non so se i cultori delle scienze esatte potranno così agevolmente concedere agli avversarii.

Inoltre è necessità di riconoscere che ogni uomo dovrà bene avere altrettante sfere di attività patrimoniale quante sono le località da lui possedute. La vostra casa in Firenze, e la vostra casa a Palermo, ed il vostro podere in Valle di Aosta, saranno tutte altrettante sfere della vostra attività patrimoniale, le quali avranno tutte per centro la vostra persona dimorante forse a Parigi. Ed anche questa bizzarria di parecchie sfere concentriche e non concentriche non so se vorrassi accettare dai cultori delle scienze esatte tranne come una iperbole.

Ma lasciamo ciò, e avviciniamoci all'aspetto giuridico di quella formula. Se il centro della mia sfera di attività patrimoniale è la persona mia, bisogna bene che voi ammettiate esistere in ogni individuo una sfera di attività patrimoniale perpetuamente inerente alla persona fisica, e che la seguita dovunque essa si rechi, e si allarga e si dilata secondochè la persona estende gli organi suoi. Bisogna dunque riconoscere che queste vostre sfere di attività s'intralciano, si collidono e si tramescolano le une con le altre non solo quando una persona costituisca una sua sfera speciale di attività più o meno permanente dentro la sfera di attività costituita da altra persona; ma eziandio col semplice ingresso di una persona entro la sfera di attività patrimoniale di un'altra; perchè quella persona portando sempre con sè la sfera di attività patrimoniale inerente o aderente alla medesima, essa col solo fare ingresso dentro la sfera mia costituisce una sfera di attività patrimoniale sua dentro la sfera di attività patrimoniale mia. La mia casa è la mia sfera di attività patrimoniale: ma se in quella casa ho dato una stanza ad abitare ad un amico o ad un domestico, questi alla sua volta ha costituito una sottosfera dentro la mia sfera. E se nella camera di quell'amico fa ingresso un merciajo con la sua cassetta di oggetti che reca ad offrire in vendita, ecco la sfera di attività patrimoniale del merciajo costituita dentro la sfera di attività patrimoniale dell'amico, la quale alla sua volta si trova dentro la sfera di attività patrimoniale mia. Tutto ciò è incontrastabile.

Ma come si esplicherà dessa la nuova teorica in siffatto conflitto ed in siffatta collisione di sfere? Scendiamo un istante dalle nuvole, ed appressiamoci ai fatti concreti. L'amico mio ha sottratto dalla cassetta del merciajo un oggetto qualunque per farlo suo; e voi direte che ha consumato il furto, perchè quell'oggetto è respettivamente tolto e recato dalla sfera del merciajo alla sfera dell'amico. Ma se alla sua volta il merciajo veduto l'orologio dell'amico sul tavolino lo piglia e lo nasconde nella sua cassetta, voi dovrete dire che il furto non è ancora consumato sia perchè l'orologio non è ancora uscito dalla sfera dell'amico, sia più specialmente perchè il merciajo non aveva già preso quell'orologio per tenerlo sempre in quella cassetta, ma per portarselo a casa, e finchè non lo aveva portato là l'oggetto furtivo era sempre in via e non aveva ancora fatto ingresso in quella sfera del merciajo alla quale questi doveva recarlo per compiere il proprio disegno. Se io prendo alloggio in una locanda, la camera che a me viene assegnata è manifestamente una sfera (quantunque precaria) della mia attività patrimoniale: tutti gli oggetti che andrò acquistando per quella città si troveranno nella mia sfera tostochè io li avrò trasferiti in quella camera, qualunque sia la parte della medesima dove a me piaccia di collocarli. Se voi supponete che lo albergatore tolga da quella camera il mio orologio e se lo porti in altra sua stanza, voi direte che il furto è consumato perchè l'orologio è tolto dalla mia sfera di attività ed ha fatto ingresso nella sfera di attività dello albergatore: ma se invece lo albergatore più accorto ad evitare il pericolo di una perquisizione ha nascosto quell'orologio nel pagliareccio del letto stesso destinato in quella camera a mio riposo, voi direte che il furto non è neppure *mancato* ma semplicemente *tentato*, perchè la amozione è in via, e perchè l'oggetto furtivo celato nel mio pagliareccio rimane tuttavia sotto la mia sfera di attività patrimoniale. Quando sarà egli che questo furto tocchi il suo momento consumativo? Lo sarà unicamente quel giorno in cui abbandonando io la locanda trasporterò altrove la mia sfera di attività patrimoniale sicchè la camera, il letto e l'orologio vengano per cagione di quello abbandono a trovarsi

nella sfera esclusiva dello albergatore: ed allora il furto non si consumerà dallo agente ma dal paziente: non si consumerà con l'amozione della cosa furtiva ma con l'amozione della sfera di attività del possessore; sarà un'amozione che raggiungerà il suo *termine ad quem* senza che l'oggetto si muova di una linea: e siamo sempre nelle iperboli e nelle metafore. Come potrà poi sciogliersi il nodo nel tema di furti domestici? Dovrassi forse per dire consumato il furto aspettare che il servo abbia venduto o dato a tenere ad un favoreggiatore le cose rubate al padrone, e non basterà che egli le abbia nascoste nella camera a lui destinata, perchè anche questa giace sempre dentro la sfera della patrimoniale attività del padrone. Voi forse non vorrete giungere a tanto, e per dichiarazione della vostra teorica verrete a dire che la camera del domestico nella casa del padrone costituisce la sfera del domestico; e soggiungerete che per finzione giuridica quella camera è *fuori* della sfera di attività del padrone, quantunque egli ne sia proprietario e possessore legittimo. Dite pure così per salvarvi dallo assurdo della perpetua impunità, al quale vi condurrebbe il dire diversamente: ma se scampate da Scilla non evitate Cariddi. Ponete che il domestico non abbia portato in camera propria le cose rubate perchè troppo era facile temere colà una perquisizione ed un reperimento; ma invece le abbia nascoste in una cantina, in una soffitta, od in altra qualunque località che giaccia esclusivamente nella sfera di attività del padrone. Voi dovrete allora concludere che il furto non è consumato, e se il ladro verrà scoperto e convinto voi non potrete applicargli neppure la pena del furto mancato ma quella sola del tentativo. Lo sappiano i servitori ladri, e ne avranno buon frutto.

Per uscire da questo impaccio di conflitti di sfere bisogna venire ad una soluzione recisa. Bisogna riconoscere che l'uomo ha una costante e perpetua sfera di attività patrimoniale nella propria persona; nella quale sfera ha fatto il suo definitivo passaggio la cosa quando l'uomo l'ha presa in mano con animo di averla come sua, o se la è posta nella saccoccia: bisogna dire che ciò basta alla consumazione del furto, perchè anche volendo usare la nuova for-

mula quando l'orologio che stava appeso da capo al mio letto è passato nella tasca del ladro, che a quel fine si era introdotto colà, l'orologio ha fatto il suo ingresso nella sfera del ladro, e conseguentemente è stato tolto alla sfera mia, senza andar cercando le altre sfere di patrimoniale. attività alle quali eventualmente il ladro intendeva portare quell'orologio. Altrimenti si va nella contradizione e nello assurdo.

Si va nella contradizione, perchè se Tizio venuto a conversare con me riesce destramente a pigliare il mio orologio e porselo in tasca, e poscia Cajo altro mio visitatore riesce a rubare dalla tasca di Tizio quell'orologio e se ne fugge via mettendolo in salvo, voi direte che Cajo è colpevole di furto consumato ravvisando così nella tasca di Tizio la sfera dell'attività patrimoniale di Tizio dalla quale dite tolto l'oggetto: mentre al tempo medesimo in quella tasca voi non trovate la sfera di Tizio perchè egli aveva il disegno di portare quell'orologio ad un'altra sua sfera ulteriore di attività patrimoniale, sia questa la casa sua o quella di altri, sia dessa nella città od anche fuori d'Italia: ed in tal guisa nello identico momento voi dite che la tasca dell'abito indossato da Tizio non *è nella sfera di attività di Tizio* per dedurne che l'orologio non era ancora *introdotto* nella sfera di attività del ladro, e contemporaneamente dite (contradicendovi tosto) che quella tasca *era la sfera di attività* di Tizio per dedurne che Cajo ha *consumato* il furto dell'orologio sottraendolo dalla sfera di attività del possessore. In tal guisa la sfera di attività di Tizio voi negate di ravvisare in quella tasca finchè si tratta di condannare Tizio; e voi ve la ravvisate quando si tratta di condannare Cajo. La vostra *sfera* è dunque di una elasticità impareggiabile.

Si va poi nell'assurdo, perchè secondo la vostra teorica il ladro che ingenuamente venga a dichiarare che egli aveva preso quell'orologio per tenerlo costantemente nella sua tasca a servigio proprio, avrà (secondo il linguaggio vostro) esaurito la consumazione oggettiva del furto; e gli applicherete la pena ordinaria del delitto consumato: ma se egli invece è cauto di dichiarare che quell'orologio aveva preso

per portarselo a vendere sul Ponte vecchio a Firenze, voi dovete negare lo esaurimento della consumazione oggettiva finchè non sarà avvenuta la vendita di quell'orologio, e punire colui come responsabile soltanto di furto mancato quando partito da Pisa per la ferrovia venga arrestato alla Stazione di Firenze col mio orologio in dosso, od anche sul Ponte vecchio mentre faceva ingresso nella bottega dell'orafo.

Noi possiamo dunque adattarci al linguaggio figurativo dei nostri avversari, e discutere la questione subordinatamente a questa formula della sfera di attività: ma sempre dovrà riconoscersi che l'uomo ha una sfera della sua attività patrimoniale perpetua e costante nella propria persona fisica; e che quando il ladro ha tolto la roba altrui ponendosela in mano o nella tasca od in altro suo recipiente, egli ha trasportato la cosa altrui nella propria sfera di attività patrimoniale quanto basta e ne avanza per tenerlo responsabile di furto già consumato. Sicchè la novella formula può momentaneamente offuscare gl'intelletti, ma non è arme che basti a demolire la vecchia dottrina.

Negare che il *centro* dell'attività patrimoniale di ogni uomo sia nella *persona* dell'uomo a me pare impossibile. Posto ciò, tutte le case e luoghi posseduti da un uomo non sono che *raggi* della sua sfera di attività. Di qui si preconcepisce subito il paradosso palpabile che si chiude nella dottrina avversaria; paradosso che viene a formularsi così. Io non consumo un furto col portare l'altrui nel *centro* della mia patrimoniale attività, col tenerlo in mano o nelle mie tasche; ma lo consumo soltanto quando la cosa altrui io tolga dal *centro* della mia attività e la trasporti nel *raggio* della medesima. È desso ammissibile questo concetto di una potenza *minore* accordata al *centro*, e di una potenza *maggiore* accordata ai *raggi*, mentre i raggi non hanno altra ragione di vita e di potenza tranne quella di condurre al centro!

§ 3. — *La nuova teorica* contradice *ai principii fondamentali*. Ora non più combatto contro le formule, ma piglio petto a petto la sostanza della nuova dottrina. È assoluta-

mente erroneo il modo col quale gli avversari nostri intendono la consumazione *soggettiva* e la consumazione *oggettiva* del delitto in *generale*, e del delitto *speciale* di furto.

Fu un errore di qualche vecchia scuola il cercare l'*oggetto* del delitto nella *cosa* o *persona* sulla quale si svolge l'azione. Carmignani dileguò una volta per sempre codesto errore, e con ciò gettò ricchissimo fascio di luce su tutta la materia dei reati speciali. Egli mostrò che la cosa o persona sulla quale si svolge l'azione sono il *soggetto passivo* del malefizio, l'*oggetto* del quale non è e non può essere che il *diritto* aggredito e la legge protettrice di questo. E nessuno più osò neppure il tentativo di far risorgere quella viziosa nomenclatura.

Oggi la nuova teorica ci vuol menare più innanzi nella via dell'errore, perchè ne spinge a cercare l'*oggetto* del delitto nel *soggetto attivo* del medesimo.

Ogni azione umana che voglia elevarsi a delitto deve necessariamente avere tre distinte oggettività secondo il diverso punto di vista sotto il quale si contempla. Oggettività *materiale* se guardasi come puro *fatto*: oggettività *ideologica* se guardasi nel *disegno* dello agente: oggettività *giuridica* se guardasi nel suo essere di *delitto*. Le due prime oggettività sono comuni a tutti gli atti umani: la terza è propria esclusivamente del *delitto*, ed è quella che lo costituisce tale.

Guardata come mero ente di fatto l'azione dell'uomo ha per soggetto il moto del corpo umano (forza fisica soggettiva) che si esercita sopra una qualunque *materialità*. Tutto è necessariamente materiale in questo punto di vista. Si vede un uomo che alza la mano armata di scure contro un albero e lo percuote; e dite, quell'uomo ha colpito un albero, e questo albero è l'*oggetto materiale* di quel fatto.

Guardata l'azione umana come procedente da una intelligenza e da una volontà essa è un ente puramente *ideologico*. Il suo *soggetto* è la volontà intelligente (forza morale soggettiva) che dirige l'atto esterno ad un *fine* piuttosto che ad altro, ed in questo fine sta la oggettività

ideologica. Si viene a conoscere che quell'uomo voleva con quel colpo di scure far perire quell'albero oppure soltanto farne cadere un ramo; e si dice che la volontà di colui dirigevasi al fine di distruggere quella pianta, oppure al fine soltanto di mutilarla o toglierne una parte. Da questa contemplazione non si raccoglie che la cognizione di una *idea*, la quale esiste completa in sè stessa indipendentemente dal complemento dello ente di fatto.

Ma l'ente materiale e l'ente ideologico congiunti insieme, ed anche completi ciascuno in loro stessi, non sono sempre un *delitto*. Perchè sieno tali bisogna che la legge sociale li abbia vietati e puniti; e perchè quel divieto e quella punizione sieno giusti bisogna che quel *fatto* e quella *idea* insieme combinati aggrediscano un *diritto* che meriti la protezione del magistero punitivo. Allora la violazione di quel divieto costituisce un *delitto*. Il delitto pertanto non tragge la essenza sua dal mero *divisamento* dello agente (ente ideologico) congiunto con la *materialità* esterna (ente di fatto) che risponde a quel divisamento; ma la sua speciale natura di delitto desume dallo essere quel divisamento e quella materialità *aggressivi di un diritto*. È per questa aggressione che lo ente di fatto e lo ente ideologico si convertono in un *ente giuridico*: doppiamente giuridico, sì perchè nasce da un rapporto di diritti e doveri, sì perchè è produttivo di ulteriori doveri e diritti. Se pertanto il delitto è un ente *giuridico* esso non può trovare la sua forza oggettiva nella sola *materialità* sulla quale cade l'azione esterna, nè sul solo *fine* al quale dirigesi la volontà dello agente; ma deve (per necessità dello speciale suo essere) trovarla in un *diritto* aggredito. Il delitto non può avere per proprio *oggetto* che il diritto aggredito e la legge che lo protegge, perchè senza l'aggressione di un diritto non può aversi delitto, ed in ciò indefettibilmente consiste la *essenza* sua.

Quell'uomo era proprietario dell'albero contro il quale levava la scure; conosciuto ciò si dice che egli non commetteva delitto con lo atterrare quell'albero o reciderne i rami, perchè siffatta azione non s'incontra con alcun *diritto* che la respinga; e perciò manca l'oggetto indispensabile a costituire l'ente giuridico.

Si viene invece a conoscere che egli non era proprietario, nè agiva per ordine o licenza del proprietario, e qui si vede sorgere l'aggressione del diritto di proprietà: ecco una ulteriore oggettività (oggettività giuridica) che si congiunge alla oggettività materiale ed alla oggettività ideologica di quell'azione, e le sovrappone la indole criminosa.

La oggettività del delitto non può dunque trovarsi che nel diritto aggredito, perchè senza questo non può esistere delitto civile; ed in ogni ente bisogna trovare l'oggetto suo in ciò che costituisce la speciale sua essenza. La *materialità* sulla quale cade l'azione non serve che a completare il *soggetto* del delitto formandone il soggetto passivo. Il *fine* dello agente completa il soggetto del delitto nel suo elemento morale, ma non determina la natura del delitto se non in quanto quel fine si compenetri col diritto aggredito: e non può quel *fine* tenersi come l'oggetto del reato, perchè esso può essere onesto ed anche lodevole, e malgrado ciò l'azione costituire un delitto quando a raggiungere il fine onesto e lodevole si usarono mezzi vietati dalla legge. Un padre rubò il denaro altrui per alimentare i suoi figli. La oggettività ideologica dell'azione di costui non è raggiunta finchè egli non ha dato ai figli il desiderato alimento. Ma se voi confondete la oggettività dell'ente ideologico con la oggettività dello ente giuridico, voi venite a dire che il delitto consiste nello alimentare i figli; ed è assurdo. Nel suo ultimo fine lo agente tendeva a cosa doverosa e lodevole, ma il mezzo da lui scelto lo condusse per via ad urtare nel diritto altrui e si rese delinquente. Il fatto materiale ha per suo materiale oggetto il denaro: il fatto ideologico ha per suo finale oggetto lo alimento dei propri figli: ma lo ente giuridico ha per suo oggetto la proprietà di altri indebitamente violata. Il delitto pertanto è completo e perfetto quando ha raggiunto l'*oggetto* che costituisce la *speciale essenza* sua; vale a dire quando ha violato il diritto, ancorchè per avventura la materialità non si sia completata o l'ultimo fine dello agente non siasi raggiunto.

Gravissimo e ridicolo errore è dunque lo asserire in ge-

nere che il delitto non è oggettivamente perfetto perchè lo agente non ha raggiunto l'ultimo fine al quale agognava; e ripetere in specie che il furto non è perfetto finchè il ladro non ha raggiunto il suo ultimo fine che naturalmente è quello di porre in sicuro la cosa rubata e locupletarsene.

Taluno perdutamente invaghito di donna altrui le uccide il marito col fine di farla poscia sua sposa. Esso non ha raggiunto il suo fine finchè non l'ha condotta all'altare. Direte voi che dopo ucciso il marito non è ancora il delitto *oggettivamente perfetto* finchè non siasi sposata la donna? Direte che se la donna si oppone si ha un delitto mancato? Sicuramente l'azione nel suo punto di vista ideologico è rimasta imperfetta perchè non si è raggiunto dal colpevole il suo ultimo fine: ma sotto il punto di vista giuridico il delitto dell'omicidio è perfetto, poichè il fatto ha raggiunto la oggettività che lo costituisce tale, vale a dire quando ucciso il marito fu completamente violato il diritto di questo alla incolumità della vita.

Nel tema speciale del furto direte voi che quel padre che rubava il denaro per alimentare la prole è responsabile di un delitto *oggettivamente imperfetto* se avviene che smarrito il denaro per via egli non possa valersene al pietoso ufficio? Sicuramente nel punto di vista ideologico l'azione non fu *oggettivamente perfetta*, ma fu più che perfetta nel punto di vista giuridico quando il diritto di proprietà fu violato con lo impossessarsi *invito domino* del denaro altrui.

Cosa è che dà vita al delitto; qual'è la ragione che autorizza la società a vietare ai cittadini una od altra azione? È forse il bisogno d'impedire allo agente la *consecuzione di un bene* che si agogna da lui? Niente affatto di ciò. La società è indifferente se un cittadino procacciasi un godimento; nessuno si commuove e si allarma se altri a sè medesimo procura un vantaggio; purchè quel godimento e quel vantaggio conseguasi senza manomettere l'altrui diritto. La ragione di vietare e punire non sta nel *bene* conseguito dal colpevole, ma nel *male* che egli ha recato ad altri. Non si vieta nè si punisce il furto perchè colui non facciasi ricco, ma per proteggere negli altri il godi-

mento delle cose da loro possedute. Alla consumazione del delitto è dunque indifferente che il colpevole raggiunga o no l'ultimo fine del suo divisamento. Indifferente che chi rapì la donzella a fine di matrimonio non giunga poscia a contrarre le nozze: indifferente che chi venne a lotta violenta con gli agenti della pubblica forza per impedire un atto di giustizia non abbia poscia ottenuto quello impedimento: indifferente che chi uccise altri per rapirne gli averi non abbia poi niente trovato sullo estinto di che arricchirsi: indifferente che il ladro dopo essersi impossessato della cosa altrui non abbia potuto metterla in salvo od usarne nel modo che divisava. Tutti questi fini mancati appellano alle oggettività *ideologiche* delle respettive azioni: ma la oggettività *giuridica* è raggiunta quando respettivamente la donzella è rapita, violentato l'agente della pubblica forza, ucciso il viandante, violato il possesso altrui. E se con tali violazioni del diritto si raggiunge la oggettività giuridica che impone al fatto la indole criminosa e respettivamente costituisce il titolo di ratto, di furto, di omicidio, od altro, il delitto ha con le medesime raggiunto l'*oggetto proprio*, ed è oggettivamente perfetto.

Osteggia dunque la novella teorica ai cardini della dottrina penale quando vuol fare dipendere la consumazione del malefizio dal raggiungimento della oggettività ideologica; e quando per simile concetto viene ad insinuare che il delitto si consumi col conseguimento per parte del colpevole del bene da lui agognato, quasichè le leggi penali si dettassero per impedire un vantaggio anzichè per impedire una offesa al diritto. Il furto è oggettivamente perfetto quando il ladro si è impossessato della cosa altrui. Col prendere la roba d'altri con animo di farla sua egli ha già completato la violazione dell'altrui proprietà nel di lei contenuto del possesso. Col pigliare in mano ed incominciare la asportazione di quella cosa, il ladro ha già invaso la sfera dell'attività patrimoniale del possessore; ed è iperbolico lo asserire che quando io ho preso la cosa altrui, me la sono posta in tasca e via me la porto, non ho ancora trasferito la cosa stessa nella mia sfera di attività patrimoniale unicamente perchè io divisava per avventura di

servirmi di quella cosa ad ornare una mia villa distante forse dodici miglia di colà, e non ho ancora pututo portarla a quella località da me destinata. Che tali circostanze si valutassero un tempo da qualche pratico per trattenere la scure del carnefice che minacciava la testa di un ladro, fu bene tollerabile ed anzi fu espansione lodevole di un sentimento umanitario: ma che oggi, mentre la pena del furto è ridotta a più eque proporzioni, si vogliano convertire quelli slanci in una dottrina costante conculcando le nozioni fondamentali del reato e del suo momento consumativo, ella è cosa che non può ammettersi.

Nè lo errore radicale della nuova teorica consiste soltanto nel confondere con la oggettività giuridica del delitto la oggettività ideologica dell'azione, mentre questa può soltanto influire sulla quantità del reato, o può mutarne la specie secondo la varietà del diritto aggredito, ma giammai può di per sè sola indipendentemente dalla considerazione di un diritto offeso assumersi come criterio costituitivo della criminosità e determinatore del momento consumativo del malefizio. In altro e più palpabile errore (anzi in un vero abbaglio) cadono gli avversarii nostri quando vengono a definire la loro figura del *furto mancato.*

Sa ognuno, e lo concordano gli stessi avversarii, che il *delitto mancato* è un delitto *soggettivamente perfetto* ma imperfetto *oggettivamente.* Su questa proposizione non avvi divergenza possibile. Ora evidentemente non può dirsi che un delitto sia *soggettivamente perfetto* finchè non sono esauriti *tutti gli atti della sua esecuzione,* ed inclusivamente anche l'*ultimo atto* che era indispensabile a dar vita alla *consumazione oggettiva.*

Or bene: voi dite che il furto raggiunge la *sua consumazione oggettiva* allora soltanto quando il ladro ha posto in sicuro la cosa rubata nel luogo da lui destinato *eo loco quo destinaverat;* per esempio la casa propria, od il nascondiglio preparato a quel fine. Voi dite che il furto non è *oggettivamente perfetto* finchè il ladro non ha *trasportato la cosa definitivamente* nella sfera della sua attività patrimoniale, cioè nel suo domicilio o nel destinato nascondiglio. Voi dite che quando il ladro ha portato la cosa

fuori della sfera di attività del proprietario, ma non ancora è giunto a portarla nel luogo da lui destinato, se egli viene sorpreso per via e vedesi ritolta la cosa, egli non è responsabile che di *furto mancato*, perchè secondo voi il periodo del furto mancato incomincia dal punto nel quale la cosa è tratta fuori dalla sfera di attività patrimoniale del proprietario, e finisce al punto in cui la medesima è riposta nel luogo a lei destinato dal ladro, nel che voi trovate il momento della consumazione oggettiva del furto.

Ma (io vi domando) come fate voi ad asserire che in quello intervallo del trasporto della roba furtiva che si fa dal ladro dalla casa del padrone alla casa propria, si ha un delitto *soggettivamente perfetto* e si hanno così i caratteri di un *delitto mancato?* In verità non arrivo a comprendere cotanto abbaglio. Se il furto secondo voi non raggiunge la sua consumazione oggettiva che al solo momento nel quale il ladro ha riposto la roba altrui nel suo nascondiglio, è intuitivo che ogni passo che manca al suo viaggio è una deficenza nella esecuzione soggettiva. Se il ladro è sorpreso mentre stava per entrare nella sua casa (posto che la consumazione oggettiva si compia soltanto col riporre la roba colà) è manifesto che quando il ladro con la roba indosso sta per entrare nel proprio albergo, non ancora può dirsi che abbia completato la *consumazione soggettiva* del furto, perchè *gli rimane tuttavia* a fare qualche cosa; gli rimane cioè a fare quel passo col quale introduceva sè e la cosa altrui nel proprio domicilio, e la riponeva nel nascondiglio. La cosa è sì chiara che non ha bisogno di dimostrazione; e soltanto sorprende come non siasi voluta vedere per la smania di trovare la problematica figura del furto mancato.

Quando pertanto la vostra nuova teorica fosse altrettanto vera quanto essa è falsa, dovrebbe per buona logica trovarsi sempre un semplice tentativo dove gli avversari nostri pretendono designare un *delitto mancato:* perchè *atti esecutivi che rimangono a farsi* e delitto *subiettivamente perfetto* sono due termini assolutamente contradittorii. Così lo errore, per una fatale necessità, genera sempre lo errore,

e se ne forma una catena che ad uno ad uno manomette tutti i principii della dottrina.

Nè questo è tutto. Altro principio universalmente accettato nella dottrina si è che la *correità unifica* l'azione dei correi in un solo ente giuridico, il quale (tranne le debite eccezioni per le aggravanti ignorate) deve essere identico ed *uno* per tutti i partecipi.

Ora ponete che Tizio, Cajo e Sempronio concertatisi in una società criminosa s'introducano nella mia casa al fine di rubarmi dei libri. Ciascuno dei tre ha preso una quantità di quei libri e via se li porta. Io odo rumore e accorro; e afferrando Cajo sulle mie scale gli ritolgo i libri che via portava. Ecco: voi dite Cajo responsabile di *furto tentato.* Io proseguo a correre, e raggiungo Tizio per via, ed anche a lui ritolgo i libri involati: e voi dite Tizio responsabile di *furto mancato*, quantunque per trasportare i libri al suo nascondiglio a lui rimanesse un altro chilometro di viaggio, e questa parte di esecuzione non si fosse ancora fatta da lui. Ma intanto Sempronio più veloce alla corsa ha potuto recare al suo domicilio i libri sottratti. E voi lo dite responsabile di *furto consumato.* In un unico fatto informato da un solo comune disegno svoltosi in un solo contesto di azione, voi trovate ad un tempo il delitto *tentato*, il delitto *mancato*, e il delitto *consumato;* mentre il diritto aggredito cioè la mia proprietà era lo identico; e mentre questo si violò completamente da tutti tre i condelinquenti con lo impossessarsi contro mia volontà di cose che erano nel possesso mio. Io ebbi non ha guari a difendere qui alle Assise di Pisa un caso pratico in questi termini. Ma non osai neppure come difensore farmi a sostenere che il ladro sorpreso per la via, era reo di solo furto *mancato*; e che i suoi compagni inutilmente inseguiti, e che erano soli riusciti a porre in salvo le cose furtive, dovessero (essi soltanto) tenersi a calcolo per furto *consumato.* E la Corte parificò nella pena i tre accusati; e fece benissimo.

§ 4. — *Sofismi della nuova teorica.* A confutare la novella dottrina basterebbe il detto fin qui, perchè una dottrina è bastantemente confutata quando è dimostrato che

essa avversa i cardini della scienza. Ma a noi piace procedere innanzi, e adesso veniamo a rilevare alcuni vizi dialettici della contraria argomentazione.

La proposizione fondamentale della nuova teorica può accettarsi come vera; il furto consiste nel togliere un oggetto dal possesso altrui per recarlo nella sfera della propria attività patrimoniale. Ma gli avversarii quando vengono sfruttando pei fini loro questa proposizione cadono nel sofisma della *cavillatio*, perchè o maliziosamente o inavvedutamente tramutano in quella il PER, che esprime il *fine* dello agente nel furto, in un E che viene ad esprimere un momento ulteriore di *fatto* richiesto alla nozione di questo reato.

Tutti concordano che il *latrocinio* consiste nello *uccidere un uomo* PER *derubarlo;* tutti concordano che il *ratto* consiste nel *condur via una femmina* PER *farle carnale violenza;* tutti concordano che il reato di *resistenza* consiste nel *far violenza agli esecutori* PER *impedire un atto di giustizia.* Quella particella PER accenna la oggettività ideologica che deve trovarsi nel fatto, ossia il *fine* dello agente: il quale non costituisce la *essenza criminosa* di quei fatti che sarebbero reati per la sola *oggettività giuridica* da ciascuno di loro aggredita; cioè pel diritto alla *vita* violato nel primo caso, alla *libertà* individuale nel secondo, alla *incolumità personale* nel terzo. Ma il *fine* indicato in quelle nozioni *specializza* la figura del reato, e dà all'*omicidio* il titolo di *latrocinio;* al *plagio* il titolo di *ratto;* alla *lesione personale* il titolo di *resistenza:* e questo effetto specializzatore si opera da quei *fini* perchè essi aggrediscono un *ulteriore diritto*, e così aggiungono al fatto una ulteriore *oggettività giuridica*, che si complette con la *oggettività giuridica* aggredita respettivamente col *mezzo*. Che se fosse altrimenti, la diversità dei fini sarebbe indifferente; e non influirebbe nè sulla *criminosità generica*, nè sulla *specializzazione* del titolo.

Indicato quel *fine* come condizione che meramente specializza la figura criminosa ne consegue (e tutti lo concordano) essere sufficiente che nel fatto concorra come *fine*, ancorchè non si verifichi poi come *fatto* per avere la perfezione dei respettivi titoli. E così è *consumato* il latrocinio,

il ratto, e la resistenza, quantunque il *furto* nel primo, la *violenza carnale* nel secondo, e lo *impedimento* all'atto di giustizia nel terzo, non abbiano avuto la loro esecuzione; ossia, quantunque l'ultimo fine dello agente non sia stato raggiunto.

Ma se in quelle tre proposizioni si fa una brevissima mutazione del PER in un'E, venendo a dire che il latrocinio consiste nello *uccidere un uomo* E *derubarlo;* il ratto nel *condur via una femmina* E *abusarne carnalmente;* la resistenza nel *violentare lo esecutore* E *impedire l'atto di giustizia;* ciò che era richiesto come *fine* nell'azione viene a convertirsi in un *momento di fatto* necessario a completare il malefizio; e così si conduce la dottrina ad affermare che il latrocinio, il ratto e la resistenza non sono consumati finchè non è consumato il *furto*, la *violenza carnale*, o lo *impedimento:* rovesciando in tal guisa col solo tramutamento di un monosillabo la dottrina universalmente ricevuta.

Così hanno fatto gli avversarii nostri nel corso del loro ragionamento. Nei delitti contro la *proprietà* l'oggettivo *giuridico* è il diritto di proprietà, il quale diritto è doverosamente protetto dalla legge punitiva contro ogni aggressione frodolenta o violenta. Il *fine* che muove lo agente non funziona che come criterio specializzatore della figura dei singoli fatti nella famiglia dei reati contro la proprietà: perchè l'aggressione contro di questa sarebbe un *danno dato* se eseguita per *fine di vendetta;* una *ragion fattasi* se eseguita per *fine di farsi giustizia;* e non diviene furto se non è fatta pel fine di *arricchire sè stesso mettendo la cosa altrui* nella sfera della propria attività patrimoniale. Laonde il respettivo fine basta che esista come *fine* sebbene non si realizzi poi come *fatto*, e il reato è perfetto. Sicchè quantunque lo incendiario volesse distruggere mediante il fuoco tutta la casa mia, lo incendio è perfetto quando sia stata arsa una piccolissima parte della mia casa; e quantunque il creditore pigliasse la roba mia pel fine di pagarsi di un suo credito, la ragion fattasi è perfetta quando il creditore ha preso la roba nè ancora ha potuto pagarsi con quella del credito suo; e quantunque il ladro s'impossessi della cosa altrui per averne lucro, il furto è *perfetto*

quando egli ha preso la cosa e non ancora ha ottenuto il lucro agognato. Tutto questo deriva dalla particella PER adoperata nelle respettive nozioni dalla comune dottrina. Ma voi tramutate il PER in un E: e convertendo così la oggettività *ideologica* nella oggettività *giuridica* essenziale al malefizio, ciò che doveva esistere come *idea* voi lo ponete come condizione di *fatto*, la verificazione completa della quale sia necessaria alla consumazione del malefizio: e al concetto di rubare per arricchirsi sostituendo il concetto di rubare e arricchirsi, venite a trasportare nello elemento *materiale* del furto ciò che ne costituisce lo elemento *intenzionale;* quasichè la legge vieti il furto non perchè voglia rispettato il possesso dei privati ma perchè voglia impedite le locupletazioni.

Identico modo di vizioso ragionamento si adopera dagli avversarii nell'analisi che fanno della *contrectatio*. La *contrectatio*, essi dicono, si compone di due momenti: della *apprehensio* e della *amotio:* e qui ripetono una proposizione verissima. La cosa non è *contrettata* pel solo stringerla con la mano che si faccia dal ladro; essa è contrettata allora soltanto quando la mano del ladro l'ha *mossa* dal luogo dove era col fine d'impossessarsene. Questa è la nozione comune della *contrectatio* che dai giureconsulti Romani è giunta fino a noi, e per la quale noi coi Romani diciamo che il furto non si consuma col solo *afferramento* della cosa ma si consuma col *rimuoverla* dal luogo dove il possessore l'aveva collocata.

Ma gli avversarii nostri proseguono a dire che la *amotio* si compone di due termini: il termine *a quo*, che è il luogo dove stava la cosa per volontà del possessore, e il termine *ad quem*, che è il luogo dove il ladro divisava trasportare quella cosa: e in questo punto essi cadono in uno scambio. Essi sostituiscono alla parola *amotio* la parola *ablatio* quando nello esprimere la nozione del furto v'insinuano artificiosamente la parola *trasportare*. È questa precisamente la differenza tra il verbo *muovere* e il verbo *portare:* nel verbo *muovere* non ha valore il luogo al quale passa la cosa *mossa;* come nel verbo *portare* non ha valore il luogo donde proviene la cosa *portata*. Nella *amotio* il termine *ad quem* si

compenetra col termine *a quo:* la cosa è *mossa* quando è tolta di là dove essa giaceva; ed è indifferente che passi in uno od in altro luogo; ella è sempre *mossa* dovunque la si porti. Nella *ablatio* il termine *a quo* si compenetra col termine *ad quem:* la cosa è *portata* quando è giunta nel luogo destinato, qualunque sia la località dalla quale essa è tolta. In tal guisa insinuando nella loro nozione il verbo *trasportare* che ha per suo contenuto, mediante il *trans*, un termine *a quo*, e, mediante il *ferre*, un termine *ad quem*, essi hanno imposto alla *contrectatio* il nuovo concetto di un termine *ad quem*, e di questo hanno fatto base alla nuova teorica per sostenere non più che il furto è consumato quando la cosa è *mossa* dal luogo dove era, ma che è consumato soltanto quando essa *è portata* al luogo dove il ladro voleva recarla per averla sicura.

Non può negarsi che questi fini artifizi rivelino negli avversarii nostri una grande potenza nello usare od abusare della dialettica: ma una dialettica per quanto potente non vale a distruggere le verità ontologiche. La odiosità del furto in faccia alla legge non deriva da invidia contro il godimento che procurasi il ladro, ma da amore verso il diritto del possessore che dimanda protezione. Fu già una scuola che pretese sostenere la origine del diritto starsi unicamente nella legge della Città, perchè questa sola assicura all'uomo il godimento del suo diritto: ma quella dottrina si dileguò, perchè equivocava confondendo ciò che *crea* il diritto (e che esiste assai prima della legge dello stato) con ciò che *rende più sicuro il diritto.* Siffatto equivoco si riproduce nella novella teorica. Si confonde ciò che *costituisce* il possesso del ladro con ciò *che fa sicuro* il possesso del ladro. Il nascondimento della cosa rubata *rende più sicuro* il possesso del ladro; ma il possesso della cosa già si era acquisito da lui prima che la nascondesse, col solo tenerla in mano o porsela in tasca con animo di farla sua: nè può esservi dialettica, per quanto sottile, che valga a persuadere non possedersi dall'uomo la cosa che con animo di possederla egli tiene nella sua mano o nella sua tasca.

La offesa al possesso altrui è sempre cosa illecita quando

anche sia fatta per mera curiosità, ma non è ancora delitto; perchè a farla tale occorre la volontà di eseguire lo spoglio di quel possesso, sostituendovi un possesso diverso; ed occorre lo effettivo spoglio quantunque parziale e limitatissimo. Perciò non basta ad avere un furto che la cosa altrui sia tocca od anco sia mossa, se la non si è mossa per dispogliarne il possessore e recarla nel possesso proprio. Chi muove la cosa altrui per mera curiosità non *inverte* il possesso, perchè non ha l'*animo* di trarla nel possesso proprio. Ma quando la cosa altrui afferrata si è posta nella balìa della nostra persona con l'animo di congiungerla alla persona nostra, la immutazione del possesso è compiuta: la *occupazione* è completa ed attributiva di dominio dove cada sulla cosa *nullius* al primo momento in cui l'occupante ha recato nella sua mano quella cosa con lo intendimento di congiungerla alla propria personalità. La fiera è già nel mio possesso per finzione giuridica quando io la ho uccisa con un colpo del mio archibugio, perchè con questo ho estrinsecato l'animo di volerla far mia e già me ne sono in quella guisa impossessato: ma realmente e senza finzione io me ne sono impossessato quando ho raccolto il corpo della fiera uccisa, e più quando l'ho posto nella mia carniera. Chi sarà che osi dire che a questo momento *la occupazione* è tuttora *imperfetta* perchè il corpo di quella fiera io non ho ancora portato a casa, nè ancora la ho posta sul mio spiede, nè ancora me ne sono cibato, essendo questo l'ultimo oggettivo *ideologico* della mia azione!!! La occupazione di cosa già posta nel dominio altrui non è abile ad acquistare dominio nè possesso civile. Ma se a consumare il furto si richiedesse la acquisizione del dominio o del civile possesso, il furto non sarebbe mai consumato o tutto al più lo sarebbe soltanto trent'anni dopo la sua esecuzione. Alla consumazione del furto basta che il ladro siasi procacciato il possesso *naturale* con animo di convertirlo in possesso civile e perpetuo: niente importa che questo ulteriore effetto giuridico sia o no possibile in faccia alla legge. Il fatto della sua *occupazione* è completo quando con simile intendimento egli ha acquisito il possesso *naturale* della cosa: la occupazione per parte del ladro è dunque già

completa, ed egli ha congiunto la cosa altrui alla propria personalità quando si è posta quella cosa o nella mano o nel sacco intendendo di averla come sua; *animus rem sibi habendi*.

Qual è il criterio giuridico (gagliardo e non cerebrino) per il quale debba dirsi *completa nella sua materialità* la occupazione della cosa *nullius* col solo pigliarla in mano *cum animo sibi habendi*, ed anche prima di averla recata a casa; e debba invece dirsi *incompleta nella sua materialità* la occupazione della cosa altrui quando si è ugualmente presa *cum animo sibi habendi*, ma non anche recata a casa? Si può avere diversità negli *effetti civili* della occupazione secondochè la cosa occupata era *nullius* od altrui; ma non possono aversi due difformi *modi di essere* della occupazione quando se ne definisce il concetto per lo elemento dell'atto materiale e della intenzione.

Pongasi che quando il ladro entrato nella mia camera ha preso il mio orologio e se lo è messo in tasca con intentenzione di farlo suo, un compagno di lui gli si faccia addosso per rapirgli quell'orologio: si vedrà il primo opporsi al tentativo del secondo, e, se altro non vuolsi, tacciarlo di ladro.

Dimandategli con qual ragione egli vuole impedire al compagno di prendere quell'orologio, ed ei vi risponderà che quell'oggetto spetta a lui solo perchè egli solo lo ha preso. E se il compagno vorrà a lui dire che l'orologio non è ancora suo perchè non ancora lo ha portato alla casa propria, il suo buon senso non ammetterà simile opinione. La occupazione naturale e il possesso naturale come cose di mero fatto si rivelano al senso naturale dell'uomo: e quel ladro col rispondere al compagno che il mio orologio appartiene a lui perchè egli solo lo ha occupato col porselo in tasca anche prima di averlo recato a casa, ha inconsapevolmente espresso tutta una dottrina; ma è con questa sua dottrina che il giudice lo dovrà giudicare. Se tu (gli dirà) riconoscevi come perfetta la tua occupazione anche prima di aver portato l'orologio a casa tua pel fine d'interdire al tuo compagno di toglierti quell'orologio, io riconosco come perfetta la tua *occupazione* pel fine di tenerti

responsabile di furto consumato: e quel giudice sarà esattamente logico.

§ 5. — *La nuova teorica è pericolosissima nelle sue applicazioni.* Già abbiamo accennato come svolgendo la nuova teorica si venga a dire che il furto è consumato allora soltanto quando il ladro è giunto a porre in sicuro la cosa furtiva nel luogo da lui destinato: che fino a questo momento deve parlarsi soltanto di furto mancato o tentato, e che finalmente il periodo del furto tentato comincia soltanto dallo afferramento della cosa. Ora queste tre proposizioni che tutte e singole avversano la dottrina pacifica delle scuole e della giurisprudenza Toscana, e la dottrina prevalente nella maggior parte d'Italia, non possono accettarsi senza indebolire la troppo necessaria repressione del furto ,e senza condurre a più grandi e più frequenti pericoli la proprietà privata; troppo osteggiata già da ogni banda, e per cento modi miseramente insidiata.

Se il ladro non potrà incontrare la pena ordinaria del furto tranne quando egli abbia posto in sicuro la cosa rubata, esso ne avrà un eccellente partito. Il momento che i proseliti di Laverna considerano come più periglioso alle imprese loro è lo intervallo della apprensione e del trasporto perchè se avvenga che siano in quello intervallo sorpresi, essi ne hanno duplice danno. È tolta loro ogni speranza di impunità perchè è vano negare la loro colpa: ed è tolta loro la speranza di godere il bottino, lo che spesso li ferisce più assai nel vivo che non la pena. Il pericolo pertanto dello esporsi ad una pena senza averne frutto nessuno di lucro verrebbe temperato a loro pro dalla benefica legge, la quale direbbe loro che vuol dare un equo compenso alle deluse speranze col soggettarli alla più mite pena del tentativo. Ma questa non sarebbe prudenza legislativa.

Già la sapienza Romana procedette in un concetto diametralmente opposto quando il ladro sorpreso col furto in dosso chiamò responsabile di *furto manifesto*, e lo colpì di doppia pena anzichè di pena più lieve: e la ragione penale che fondasi nella tutela del diritto suggerisce che debba il modo della difesa esaurirsi tutto quando il diritto è violato,

senza aspettare se il delinquente ha o no conseguito quel bene speciale che da lui si agognava; perchè la legge punisce per proteggere i diritti dei cittadini e non perchè le rechino noja i soddisfacimenti delle malvagie passioni, tranne in quanto hanno violato il diritto.

La dottrina che cercasse la *consumazione* del delitto nel conseguimento del bene agognato dal colpevole sarebbe uno speciale privilegio dei ladri i quali per siffatta guisa verrebbero ad essere fra i delinquenti i Beniamini prediletti del legislatore. Mentre esso rifugge da quella dottrina contro tutti gli altri colpevoli, la porrebbe in trono per la sola protezione dei ladri. Colui che appose il fuoco alla mia casa non è ascoltato quando pretende a lui si debba la pena dello incendio tentato, allegando che il bene da lui agognato consisteva nel bruciare tutta intera la mia abitazione. Colui che uccise un marito pel fine di sposarne la donna non è ascoltato se pretende a lui si debba la pena dell'omicidio tentato, allegando che sebbene uccidesse non potè conseguire il suo fine non avendo potuto sposare la donna. Colui che rapì la donzella per fine di libidine non è ascoltato quando insiste doversi a lui la pena del solo tentativo di ratto, allegando che quantunque egli rapisse la femmina non raggiunse il suo fine perchè non potè sfogare le proprie voglie sopra di lei. Colui che fabbricò il falso documento per vincere la lite non è ascoltato quando reclama la pena del tentativo di falso, allegando che egli falsò il documento per vincere la lite, ma la lite non vinse perchè fu discoperta la falsità. Colui che divulgò il libello famoso trucidando la riputazione del suo nemico non è ascoltato quando reclama la pena del semplice tentativo, allegando che egli commise quel fallo per impedire al nemico la consecuzione di un impiego o di un matrimonio, e l'impiego ed il matrimonio egli non riuscì a frastornare malgrado la eseguita diffamazione. Colui che viene accusato di violenza carnale non si ascolta davvero quando egli invochi la scusa del tentativo, allegando che quantunque egli compisse la deflorazione può dare la prova materiale che egli non giunse al completo sfogo delle sue voglie. Colui che è imputato di violazione di domicilio inutilmente invoca la mitigante

del tentativo, allegando che il suo fine era quello di ricoverarsi colà per tutta la notte, o di spiare le bisogne altrui, e ne venne impedito perchè troppo presto discoperto e cacciato. Non finirei sì presto in questa enumerazione. Percorrasi da capo a fondo tutta la schiera delle speciali delinquenze: in tutte ed in ciascuna sarà facile immaginare un oggettivo *ideologico* che va più oltre dell'oggettivo *giuridico*, e che richiede ulteriori svolgimenti di fatto non avveratisi: e sempre si troverà che la scienza e la giurisprudenza, se attendono a questo fine ulteriore per attribuire secondo il medesimo il malefizio ad una figura piuttostochè ad un'altra, e se vi attendono talvolta per trarre da quel fine un'aggravante del malefizio, in quanto per lui si renda più diffondibile il danno mediato a causa della più facile ripetizione del fatto, giammai però vi danno bada per aspettare la consumazione del malefizio dal raggiungimento di quello.

Soli dunque i ladri saranno forniti di una teorica privilegiata? Essi soli potranno dire che il loro delitto non è consumato finchè non hanno raggiunto l'*ultimo fine* del loro reato? Essi soli potranno dire utilmente che intendendo a *porre in sicuro* la roba furtiva per godersela a proprio beneplacito, il loro delitto non è consumato finchè non hanno posto in sicuro la roba, quantunque già l'abbiano recata nel proprio possesso? Per loro soltanto il delitto non più consiste nella *offesa* di altri ma nel *bene* del colpevole! In verità non sa trovarsi ragione di simile privilegio; ed anzi la odiosità del furto salì così in alto nella mente di parecchi legislatori (per esempio: codice penale Francese, art. 3 e art. 401 insieme combinati) da consigliarli a stabilire privilegi odiosi contro questo delitto. Non sarà stata buona simile eccezionalità, perchè raramente le eccezionalità sono buone nel giure punitivo, nè noi ce ne facciamo patroni: ma appunto perchè nemici di ogni eccezionalità non sappiamo persuaderci che pel solo furto debba tacere la regola generale la quale trova la *consumazione* di ogni delitto nella violazione del diritto aggredito, e non nella consecuzione del bene agognato dal malfattore.

La dottrina che lascia nella sfera dei tentativi il furto

per tutto quello intervallo che passa fra il pigliare la cosa e porla in sicuro, conduce ad ulteriori conseguenze perniciosissime, delle quali io trovo testimonianza nei molti scritti che mi hanno erudito in questa nuova teorica.

Non può controvertersi la regola fondamentale nella dottrina del conato, che quando il fatto reo fu prima della consumazione interrotto per *volontà* dello stesso agente debba cessare ogni imputazione (tranne per i reati compiuti) così del tentativo come del delitto mancato. Questa regola è inoppugnabile.

In faccia a quella regola gli avversarii nostri hanno dovuto prendere in esame la ipotesi del pentimento del ladro. Che dovrà egli dirsi di colui che introdottosi anche mercè scalamento o falsa chiave nella mia abitazione si impossessò della mia roba; che poscia la trasse fuori dalla mia casa e dai recinti della mia proprietà; che poscia percorse parecchie miglia con la mia roba indosso e giunse al suo domicilio dove intendeva recare quella roba; che dovrà dirsi se a questo momento il ladro si è pentito, e mentre aveva appena varcato la soglia del suo domicilio ha retroceduto, ha di nuovo percorso il suo lungo viaggio, ha di nuovo insalito le mura, ed ha riposto la roba nella sua pristina località?

La logica è inesorabile; inconcussa è la regola della non punibilità del delitto tentato o mancato quando è rimasto tale per pentimento dello agente. E gli avversarii nostri hanno dovuto subire quella regola e subire la potenza della logica nella soluzione di tale problema. Essi si sono recisamente pronunziati per la non punibilità del fatto, ed era ben forza che si pronunziassero in tal guisa, perchè quella soluzione era una necessaria conseguenza delle premesse. Se il ladro non ha consumato il furto finchè non ha riposto la cosa nel suo nascondiglio, egli può sempre utilmente pentirsi, ed evitare ogni pena riportando la roba al suo luogo. Ma se tale conseguenza è una logica deduzione della nuova dottrina, qual sarà l'uomo pratico che voglia accettare quelle premesse le quali conducono a conseguenze cotanto favorevoli alla impunità dei ladri e cotanto pericolose al diritto di proprietà? Se il ladro non è incontrato da alcuno nel-

l'atto del suo trasporto, egli potrà agevolmente sperare la impunità, purchè sia cauto a ben celare la roba. Ma se esso nel suo ritorno con la preda è incontrato e conosciuto per via da qualcuno che possa denunciarlo alla giustizia, ei si renderà fabro della sua facile impunità col riportare la roba, e dire che si è pentito. Potrà il giudice sospettare che colui non sia stato mosso da genuina sinderesi ma dallo essersi accorto che alcuno lo aveva veduto: ma questo sospetto, che non può convertirsi in una certezza, trattandosi di un arcano che si cela nell'anima altrui, non sarà mai bastante a ricusare al ladro la impunità in faccia al fatto positivo della restituzione in apparenza spontanea. Che la restituzione spontanea e tempestiva della cosa rubata debba valutarsi come diminuente, ella è proposizione che si accetta da molti ed anco da noi; nè qui giova discuterne le ragioni. Ma che la restituzione del tolto possa cancellare ogni imputabilità del sottrattore è proposizione che va tropp'oltre, e non può da nessuno seriamente accettarsi.

Bene è vero che molti degli avversarii nostri io trovo avere insegnato una loro limitazione a questo effetto assolutorio della restituzione del tolto. Molti hanno distinto caso da caso, secondochè la restituzione è avvenuta *prima* o *dopo* che il proprietario *siasi accorto* del furto patito. Se il ladro (dicesi degli avversarii nostri) riporta la roba quando già il proprietario è venuto in cognizione del furto, egli non può evadere la pena del furto consumato o del mancato secondo che egli aveva già posto o non posto in sicuro la roba, perchè già egli ha fatto *patire un dolore* morale al proprietario. Ma se il ladro la riporta prima che il proprietario siasi accorto del furto, è ingiusta ogni pena perchè il proprietario non ha patito *danno* a causa dell'avvenuta restituzione, e non ha patito *dolore* perchè niente seppe dell'onta fatta alla sua proprietà. Io non avrei osato attribuire ad alcuno questo ulteriore svolgimento della nuova teorica se non l'avessi trovata in quei precisi termini sostenuta da molti. Ma se a molti par buona, io non posso accettarla come tale, perchè mai vidi prendersi a base della punizione di un furto il *dolore morale* patito dal proprietario. Lascisi andare la questione se il dolore morale del paziente possa

essere contemplato come criterio *misuratore* della *quantità* di un reato: tale questione è fuori del nostro argomento. Certo è che nessuno mai lo tolse a criterio *essenziale* del reato di furto. Lo ammetterlo come tale porterebbe alla conseguenza che un furto di trenta lire commesso a danno di opulentissimo proprietario non sarebbe punibile, perchè sarebbe un oltraggiarlo il supporre che egli gettasse neppure un sospiro per quella perdita: ed anche lo ammetterlo come semplice criterio *misuratore* del furto porterebbe a conseguenze inaccettabili nella pratica. E basti ciò su questa per me nuova ed inattesa deduzione.

Tornando al nostro argomento è da osservarsi che lo allargare il campo del tentativo nel furto in ordine al suo termine *ad quem* (diciamolo col linguaggio dei nostri avversarii) condurrebbe presto o tardi i legislatori a falsare la teorica del tentativo nel rapporto della inferiorità che deve avere la sua imputazione in faccia a quella del reato perfetto.

La regola prevalente in quasi tutte le scuole e legislazioni Europee, tranne quella di Francia, si è che il delitto tentato e mancato debba imputarsi *meno* del delitto perfetto, per la perentoria ragione che presenta un *meno* nelle forze costituenti il delitto. Questa regola serve mirabilmente ai bisogni della repressione, ed al tempo stesso ad un'equa proporzione nel reparto delle imputazioni coerentemente a giustizia.

Ma perchè quella regola serva completamente ai bisogni della repressione è necessario che la nozione del tentativo sia esattamente delimitata nel suo termine *ad quem* dal delitto perfetto; e nel suo termine *a quo* dagli atti meramente preparatorii ed immuni da pena. Vedano gli avversarii nostri che noi non abbiamo difficoltà di adottare il loro linguaggio, quantunque non ci possiamo indurre ad adottare le loro idee.

E primieramente parlando del termine *ad quem* io dico che è impossibile sperare che i provvidi legislatori rispettino la regola della *minore imputazione* del *conato* se la fase di questo si protragge nel furto fino a che il ladro non abbia *posto in sicuro* l'oggetto furtivo. In Francia, dove in

tema di furto vige la regola che il furto tentato (anche quando è semplice *delitto* e non *misfatto*) si punisca alla pari del consumato, può il legislatore restarsi indifferente alle dispute scientifiche intorno al momento consumativo del furto. Ma dove la più giusta regola opposta prevale (quella cioè della minore imputazione) il bisogno della repressione non è soddisfatto se il ladro si rimanda con esiguo gastigo perchè fu sorpreso nell'atto in cui stava per introdurre l'oggetto furtivo nel proprio domicilio. La sicurezza della proprietà esigerebbe, dove si accettasse questa nozione, che si accettasse eziandio la regola erronea della parificazione. E così avverrebbe di nuovo quel fenomeno, da me parecchie volte ad altre occasioni avvertito, che la meno giusta benignità di una teoria spinge sovente i legislatori a maggiore severità; ed in tal guisa controagisce allo stesso suo fine.

E qui mi piace notare una ulteriore limitazione e destinzione che apprendo dai nostri avversari. Bisogna distinguere (essi dicono) se trattasi di un ladro *domiciliare* o di un ladro all'*aperto*. Se trattasi di ladro *domiciliare* esso non consuma il furto finchè non ha trasportato la cosa furtiva *eo loco quo destinaverat*. Ma se trattasi di un borsajolo che abbia tolto il denaro dalla tasca del passeggiero esso consuma il furto appena si è mosso di là col denaro rapito. Ed io vorrei domandare ai nostri avversarii qual è la ragione per la quale sembra loro bastevole nella ipotesi del borsajolo alla consumazione del furto lo impossessamento che si estrinseca mediante il solo mettersi in tasca il denaro o la pezzuola o l'orologio altrui anche prima che siasi portato nel nascondiglio; mentre questo fatto non sembra loro bastevole alla consumazione in quanto al ladro che si è introdotto nel mio domicilio. Forse tengono essi come presunzione che il borsajolo abbia per suo costante nascondiglio la propria persona e le proprie vesti? Forse desumono simile presunzione dalla natura dell'oggetto involato? Ma il primo concetto è gratuito; e nel secondo bisognerebbe dire lo stesso tutte le volte che il furto, anche commesso nel domicilio, cade sopra consimili oggetti.

In questo ultimo concetto, se i ladri entrati in mia casa

rubarono un sacco di grano ed un orologio ed una pezzuola, bisognerà dire che il furto è consumato in ordine a questi due ultimi oggetti, perchè il ladro destinava di tenere in tasca la pezzuola e l'orologio per suo personale servizio; ed è semplicemente tentato in quanto al sacco del grano, perchè il malandrino aveva destinato riporlo nella sua madia. Queste ed altre consimili conseguenze, delle quali potrebbero moltiplicarsi senza fine gli esempi, sono logiche deduzioni della novella teorica ed assolutamente inseparabili dalla medesima.

Io tengo invece come proposizione assoluta che la *occupazione* è un *fatto giuridico*; il quale definito una volta nei suoi caratteri costitutivi deve essere sempre costante ed uniforme nella sua essenza.

Accennai testè anche al termine *a quo* del conato, e dissi di sopra essere anche in questo punto erroneo lo svolgimento della teorica sostenuta dai nostri avversarii. Essi non trovano il primordio del tentativo punibile del furto fino alla *apprehensio* della cosa che vuole rubarsi. La introduzione del ladro nella casa altrui (anche col mezzo di scalamento, falsa chiave, od altro simile), il suo nascondersi in quella, o per quella aggirarsi, essi non tengono che come semplici atti *preparatorii* del furto finchè colui non ha posto la mano sopra uno od altro oggetto nel fine di torlo via. Soltanto a questo momento incomincia, secondo loro, la fase del tentativo punibile.

So bene che tale opinione sembra avvalorarsi dal celebre frammento romano, *qui furandi animo conclave intravit nondum fur est.* Ma in primo luogo non può farsi gran fondamento su quel testo, mentre esiste discordia fra gl'interpetri sulla più vera lezione del medesimo, sostenendosi da moltissimi autorevoli commentatori doversi in quello leggere *cum clave* e non *conclave*; lo che nella questione presente restringerebbe la opinione del giureconsulto ad una specialità di caso contemplato dal medesimo. In secondo luogo la formula *nondum fur est* della *leg.* 21, §. 7, *ff. de furtis* si riferisce comodamente al concetto, d'altronde verissimo, che il furto non ancora sia *consumato*, ma non già che non siasi *tentato* un furto: e così potrebbe fornire argomento a

ritenere che il giureconsulto volesse in materia di furto far distinzione fra la pena del furto *perfetto* e quella del mero *conato* di furto. In terzo luogo in Roma, dove la pena di furto era quella del *duplo*, era bene necessità che si ravvisasse impossibile la definizione della pena quando il colpevole non aveva ancora toccato oggetto nessuno.

In quarto luogo una volta per sempre deve osservarsi che in materia di giure penale non sempre le opinioni romane furono accettate dalla moderna dottrina, ed anzi furono spesso considerate come pericolose e conseguentemente rejette. Nel modo stesso che oggi non si vorrebbe punire di morte il delatore di uno stile, all'ombra del frammento che dichiara sicario *qui cum telo ambulavit*, così il frammento di Ulpiano (47, 2, 21, § 7) non sarebbe autorità bastevole per esimere da pena un tentativo di furto che tale fosse in faccia alle vere nozioni del conato.

Nessuno tra noi stimerebbe sicuro e sufficientemente protetto dalla legge il diritto di proprietà se la pratica nella punizione del furto si governasse con la teorica dei nostri avversari. Colui che avendo sorpreso un notorio ladro munito di sacco e nascosto nel suo granajo, ed avendolo arrestato e condotto innanzi al giudice, vedesse da questo farsi a lui brutto piglio, e udisse il rimprovero di aver commesso un sorpruso perchè quell'uomo era innocente; al vedere sè stesso minacciato di castigo e rimandato l'altro assoluto con reverenti scuse, quel poveretto verrebbe via lamentando che il suo giudice è un prudoniano congiurato ancor esso nella guerra contro la proprietà e nella protezione dei ladri.

Certamente nessuno impugna che gli atti meramente *preparatorii* si debbano differenziare dagli *esecutivi*, e che da quelli non sorga il conato punibile che trovasi in questi. Ma avviene qui ciò che troppo spesso ripetesi nelle regole generali. Concordia universale nel proclamare la regola; discordia e perplessità nel definire le condizioni della sua applicazione. Qui la difficoltà consiste nel definire i caratteri dell'atto *preparatorio* pei quali si distingua dal *principio di esecuzione* del delitto voluto.

Noi pensiamo esservi atti *preparatorii* che sono tali in modo *assoluto*, ed esservene altri che sono tali in modo

condizionale. Preparatorii in modo *assoluto* sono tutti quelli atti che si svolgono nel *soggetto attivo* del malefizio; il comprare veleno e prepararlo in sua casa, il munirsi di arme, il fabbricare lo scalpello o la scala, ed altri consimili atti che non ancora s'incontrano col *soggetto passivo* nè della *consumazione* nè del *conato*, non costituiscono il respettivo principio di esecuzione del venificio, dell'omicidio, o del furto; quantunque per avventura si possa avere *certezza* che essi erano preordinati a quelle delinquenze. Ma gli atti che si svolgono sul soggetto passivo del malefizio non sono preparatorii in un modo *assoluto*, ma possono dirsi tali soltanto *condizionalmente*: alla condizione cioè che le circostanze non rendano *univoca* la loro destinazione. Se *univoco* è il fine al quale s'indirizzano questi atti perchè le circostanze materiali che circondano i medesimi li mostrano indubitatamente diretti al delitto, la qualità di atti *esecutivi* chiarita in loro sotto il punto di vista *ideologico* non può contrastarsi nei medesimi sotto il punto di vista *ontologico*, perchè colui che incominciò ad agire sul *soggetto passivo* (sia dell'attentato, sia della consumazione) ha incominciato ad eseguire la *aggressione* contro il diritto, e così ha incoato il tentativo del malefizio. Gli atti che rimangono nella prima serie non potranno mai senza gravissimo errore recarsi innanzi come principio di esecuzione: ma gli atti che hanno fatto ingresso nella seconda serie possono essere o non essere considerati come tali, secondo che le circostanze dalle quali furono accompagnati li mostrano univocamente diretti ad eseguire un delitto, oppure lasciano in dubbio circa la loro tendenza. Finchè taluno per eseguire una mina a danno della mia abitazione si limita ad acquistare la polvere pirica ed a preparare in sua casa la bomba che destina collocare ed incendiare nella casa mia, egli pone in essere atti che sono in modo assoluto meramente *preparatorii*: e tali devono dirsi quando anche il giudicabile confessi apertamente la sua prava intenzione, perchè la *aggressione contro il mio diritto* non è ancora cominciata, non avendo ancora il male intenzionato, diretto i propri atti sul *soggetto passivo* nè dello *attentato* nè della *consumazione*. Ma quando colui abbia recato in mia casa la bomba, sebbene non ancora

ei l'abbia collocata al luogo opportuno, non ancora vi abbia adattato la miccia, e molto rimanga tuttora a farsi prima di ottenerne lo scoppio, quell' atto della introduzione della bomba nella mia casa potrà benissimo ravvisarsi come un principio di esecuzione, perchè sotto il punto di vista ontologico evvi in quello lo incominciamento materiale della aggressione contro il diritto mio, e si è cominciato ad agire sul *soggetto passivo* dello *attentato*. Del pari lo avvelenatore, che fece un atto meramente preparatorio fabbricando il veleno, incomincia la esecuzione del veneficio quando viene a mescolarlo col sale che dovrà poi servire alla vivanda mia, perchè i suoi atti esterni non più caddero sul mero *soggetto attivo* secondario (ossia sullo strumento che doveva consumare il delitto) ma caddero sul *soggetto passivo* dell' attentato, e già fu incominciata la violazione del mio diritto con introdurre il veleno in mia casa, e mischiarlo col mio sale. Identico concetto si ripete nel furto. Data la certezza dello elemento *morale* del tentativo, il suo elemento *materiale* si trova a sufficienza nella introduzione del ladro nel mio domicilio, perchè introducendovi quelle mani che devono essere lo strumento del furto, introducendovi quello scalpello o quel grimaldello che è destinato ad aprire la mia cassa, già egli ha violato il mio diritto, sebbene l'azione sua non siasi ancora estrinsecata sul soggetto passivo della consumazione, ma soltanto sul soggetto passivo dell'attentato.

Qui cadde appunto lo equivoco del Rossi che si reca innanzi ogni dì come sostegno autorevole della opposta dottrina. Taccio per ora dello influsso che forse esercitò sulla mente di Rossi il diritto positivo Francese, del quale sarò a dire fra poco. Ma Rossi equivocò quando confuse lo elemento *morale* del conato col suo elemento *materiale*, mentre quei due elementi hanno ciascuno una vita affatto indipendente, e debbono *ciascuno in loro stessi* distintamente esistere e distintamente provarsi. Lo elemento *materiale* del conato si è che lo atto denunciato come tale abbia in sè stesso oltre la potenza ed idoneità di condurre alla perfezione del reato, i caratteri d'*incominciamento della aggressione* contro il diritto altrui; caratteri che non pos-

sono trovarsi mai negli atti che si svolgono sul soggetto attivo, i quali mai per conseguenza possono essere costituenti del conato punibile quantunque chiara sia la perversa intenzione.

Lo elemento *morale* del conato sta in questo che il giudicabile abbia fatto quelli atti col preciso intendimento di giungere a perpetrare il delitto. Questi due elementi debbono essere completi ciascuno in loro stessi, e ciascuno deve essere di per sè completamente assodato: e cade in grave errore chi teoricamente li confonde, e più grave errore commette chi praticamente supplisce l'uno con l'altro, e l'altro con l'uno, contentandosi del solo perverso fine o della sola potenzialità dell'atto per proclamare la esistenza di un conato punibile. Quando si pone la questione relativa alla *intenzione* dello agente (elemento *morale*) si presuppone negli atti materiali la idoneità e la incoata aggressione. Quando si pone la questione relativa *al principio di esecuzione* (elemento *materiale*) si presuppone sempre che sia d'altronde provato concorrere la intenzione nello agente di dare cominciamento al delitto. È esattissimo il dire qua il conato non vi è perchè non è chiarita la intenzione, là il conato non vi è perchè non esiste principio di esecuzione: ma è grosso equivoco il dire qua non vi è lo elemento materiale perchè manca la intenzione, là non vi è lo elemento morale perchè manca il principio di esecuzione. E questo è lo equivoco nel quale inciampa il ragionamento del Rossi e dei nostri avversarii.

Infatti essi dicono che la introduzione del ladro nella mia casa non è *principio di esecuzione* perchè *non è certo* che colui *vi s'introducesse a fine di rubare*, potendovisi essere introdotto per amoreggiare con la mia fante o per vigilare e spiare le mie operazioni. È chiaro quanto il meriggio che con siffatto ragionare si va in cerca del *morale* mentre si disputa del *materiale*, e si confonde l'uno con l'altro, negando il concorso delle condizioni morali per negare il concorso delle condizioni materiali, mentre la questione si deve porre precisamente nel presupposto rovescio che le condizioni morali concorrano e siano provate, e che soltanto rimanga a disputarsi se malgrado il concorso di quelle il conato non sia punibile per difetto delle condizioni materiali.

Mai fuvvi alcuno fra i nostri che osasse sostenere doversi punire come tentativo di furto la introduzione di un estraneo nella casa altrui quando poteva *dubitarsi* che colui si fosse introdotto colà per fine di spionaggio o per pigliarsi copia di una femmina amata. Chi mai sognò siffatto pensiero? Finchè lo scopo della introduzione rimarrà *dubbio*, rimarrà pure dominatrice del caso la regola della soluzione favorevole all'accusato, e tolga Dio che per parte nostra si voglia mai a quella santa regola contradire. Ma noi poniamo il quesito nella ipotesi che *le condizioni del fatto* rendano certo e tranquillo anche il giudice più scrupoloso che la introduzione o nascondimento di quell'uomo colà si fece da lui col fine esclusivo di commettere un furto. E quando noi sul presupposto della manifesta prova di tale intendimento dimandiamo se lo introdursi o il celarsi costituisca *principio di esecuzione,* non può senza evidente circolo vizioso rispondersi a noi che lo introdursi e il celarsi non costituisce principio di esecuzione del furto perchè rimane incerto il fine di furto.

Rossi ed i seguaci suoi corsero sul concetto che mai non fosse possibile dimostrare che l'uomo introdottosi colà dentro ciò eseguisse a fine di commettere un furto; e che sempre potesse allegarsi la incertezza di quel fine per la possibilità della causa di amore o di spionaggio o di altro consimile. Ma questo è un falso supposto. Molte volte avverrà che il fine del furto non si chiarisca per modo esclusivo di ogni altro diverso fine possibile; ed altrettante volte dovrà rispondersi nel caso concreto che non esiste conato di furto perchè manca la prova del suo elemento morale. Ma in molti e moltissimi casi la prova del fine di furto ed esclusiva di ogni altra meno prava intenzione, sarà incontrastabile: ed allora si mostrerà chiaro il sofisma di chi perseveri a dire non esservi conato per difetto della intenzione e della prova del fine di furto. Ponete che io sorprenda un uomo notturnamente nascosto nel mio granajo o nella mia cantina, ambienti isolati affatto dal mio domicilio: quell'uomo si è introdotto colà scalando una finestra; quell'uomo è un ladro notorio; la notte è serena e non può accattarsi pretesto del ricovero da una burrasca; quell'uomo è munito di

sacca vuote o di barili vuoti, e tiene al di fuori una vettura preparata al trasporto e compagni per guidarla. Potrete voi dire ancora che siete in dubbio sul di lui *fine*, perchè poteva averlo condotto colà lo amore o lo spionaggio? Potrete dir ciò se la casa dove i malfattori si sono introdotti al mezzo di scasso o di falsa chiave, o altrimenti, sia solitaria e notoriamente disabitata; oppure sia una chiesa od un oratorio? In verità a chi sostenesse sul serio quelle diverse intenzioni potrebbe dimandarsi col vecchio proverbio curialesco, se egli crede di favellare agli abitanti di Arbella. Vi saranno frequenti casi nei quali le relazioni del giovine con una femmina di quella casa, o la sua condizione di birro ne accerteranno del fine di amore o di spionaggio; ed allora sarà temerità intollerabile obiettare il tentativo di furto: vi saranno casi nei quali rimarrà dubbio se il domicilio fosse invaso per uno o per altro fine; ed allora sarà iniquità tirannica sciogliere il dubbio con la più severa sentenza. Noi non diciamo che la introduzione negli altrui locali *sia sempre* un tentativo di furto; ma neghiamo che *non possa esserlo mai*, come pretendono gli avversarii. Noi diciamo che può esserlo e *può non esserlo*, secondochè il fine di furto è o no manifestamente chiarito. E sosteniamo che è tentativo di furto quando il fine di furto è indubitato, perchè nel fatto della introduzione che si svolge sopra il soggetto passivo dell'attentato di furto troviamo un incominciamento dell'aggressione contro il diritto altrui, e così un principio di esecuzione costituente il materiale del conato punibile.

Se fosse buono il contrario ragionamento sarebbe agevole dimostrare che il tentativo di furto non si ha neppure nella *apprehensio* e nella *amotio*. Voi vedete un uomo che s'introduce in casa altrui dirigersi ad una camera oscura; voi lo vedete staccare un orologio che è appeso da capo al letto; voi lo vedete muoversi di là con quell'orologio in mano e volgere i passi verso la porta di quella camera; e voi dite tosto che colui ha (secondo voi) tentato, o (secondo noi) consumato il furto dell'orologio. Ma io vi dico che quell'uomo è innocente. Esso era un amico intimo del proprietario, e necessitoso di conoscere l'ora del giorno si è con-

fidenzialmente introdotto in quella camera, ed ha preso quell'orologio, e lo ha recato all'uscio per cercare la luce onde distinguere l'ora da quello segnata. Costui deve assolversi da ogni sospetto, perchè al tentativo di furto manca lo elemento morale. Ma perchè ad onta di quelle materialità il difetto del fine di furto esclude in quella contingenza il furto tentato, potrete voi trarne la regola generale che lo introdursi nell'altrui casa, prendere un oggetto, e portarlo verso l'uscio, non ancora costituisce il tentativo di furto? Affermando ciò come regola generale voi supporreste *assoluto* ciò che è *contingente;* voi confondereste la questione dello elemento *materiale*, con la questione dello elemento *morale;* e questo appunto fu il paralogismo di Rossi e dei suoi seguaci.

Ma gli avversarii nostri proseguono ad obiettare che non è possibile punire come furto tentato la *sola introduzione* nell'altrui casa benchè commessa da molti e con falsa chiave o con effrazione o mediante scalata, perchè non sapendosi ancora il *quid* ed il *quantum* che si voleva rubare non si può determinare la pena che avrebbe colpito il delitto consumato onde a questa proporzionare equamente la pena del tentativo: sicchè è necessario che ad avere il tentativo si aspetti la *apprehensio*, la quale sola può farci conoscere ciò che si voleva rubare. L'obietto ha un'apparenza seria; ma con facilità si risolve, ed inoltre ha il vizio di provar troppo.

Con facilità si risolve, come lo ha risoluto il codice Toscano quando con apposito articolo è venuto a stabilire che rimanendo dubbio fino dove volesse spingersi la mano del delinquente si debba sempre ritenere voluto il *meno possibile*. Articolo prudentissimo che si riprodusse dalla Commissione sul nuovo codice penale nel primo Progetto, ma che fu infelice bersaglio di una cieca censura per parte di chi non ne comprendeva, o non voleva (per partigiano consiglio) comprenderne la utilità. Il dubbio potrà nelle contingenze del caso chiarirsi, come io vidi fare nella pratica, mercè la considerazione dei recipienti che seco abbia portato lo invasore; potrà chiarirsi perchè nel luogo altro non vi sia (a modo di esempio) che grano od olio; potrà chiarirsi pel *numero* degli invasori: o per altre concomitanze di

fatto: ma quando il dubbio rimanga varrà meglio si sciolga con una pena mite aiutandoci nel dubbio col supporre il meno possibile, anzichè venire alla impunità.

Dissi poi che l'obietto *provava troppo*, perchè col medesimo si viene a dimostrare che anche dopo la *apprehensio* (la quale non lascia incerti sull'animo di rubare) può con identica obiezione sostenersi che non è punibile il successivo conato. È nota la disputa insorta fra due illustri criminalisti di Alemagna, ed agitata ancora in quella giurisprudenza, intorno la ipotesi di un ladro che renduta aperta una cassa contenente trecento fiorini era stato sorpreso mentre ne aveva intascati soltanto dieci. Uno di quei chiarissimi ingegni sosteneva doversi irrogare la pena del furto consumato pel valore di dieci fiorini, e la pena del furto tentato pei rimanenti duecento novanta fiorini: l'altro sosteneva all'opposto doversi irrogare la pena di un furto tentato pel valore di trecento fiorini. Non è qui occasione che io ritorni sul merito di quella disputa. Qui ricordo il caso al solo fine di notare che secondo la obiezione avversaria sarebbe eliminata ogni occasione di disputa dovendo tutto ridursi alla pena del furto dei dieci fiorini dei quali fu già eseguita la *apprehensio* senza occuparsi del rimanente, non sapendosi *quanti* di quei fiorini non ancor tocchi volesse il ladro prendere ed appropriarsi. Sia pur anche rotto lo armario contenente gli oggetti preziosi, siansi le persone dei proprietarii sottoposte a crude violenze, o rinchiuse o legate o minacciate nella vita, non ancora con ciò si vedrà posta in essere la *apprehensio* della quale vuol farsi una condizione sacramentale del tentativo nel reato di furto. E sempre si potrà ripetere che non vi è furto tentato perchè non si può accertare *quali* di quelli oggetti egli avrebbe preso, e quanti ne avrebbe presi. Ripeto che la logica è inesorabile; e se una ragione è buona per negare la punibilità del tentativo in un caso, ella deve essere ugualmente buona per negarlo in ogni caso analogo nel quale la ragione stessa ricorra.

È però vero che la dottrina e giurisprudenza Francese, se non in modo *costante* almeno in modo *prevalente*, tiene la regola che noi combattiamo. Ma questo non ci rende

esitanti sulla vecchia dottrina Italiana, perchè quella giurisprudenza è tutta figlia di una *specialità* del giure positivo di Francia. Sappiamo infatti che nel codice Francese del 1810 si adottò la severa massima (infelicemente conservata tuttora) che nei *misfatti* il tentativo dovesse punirsi alla pari del misfatto consumato: ma sappiamo altresì che questo rigore ebbe da quella legislazione un qualche lenimento per la eccezionale definizione che al suo articolo 2 diede quel codice del tentativo di misfatto da lui punito come reato perfetto.

Il conato dell'art. 2 del codice di Francia non è il *tentativo* delle altre scuole e delle altre legislazioni. Esso è una figura anomala ed intermedia in certa guisa fra il *tentativo* della scienza ed il *reato mancato*. Sarà punito (così dispone quell'articolo 2) alla pari del misfatto consumato — ivi — *il tentativo manifestato con atti esterni e seguito da un principio di esecuzione*. Dunque pel codice Francese non basta a quella punizione il solo *tentativo:* si esige di più che *al tentativo* tenga dietro un *principio di esecuzione*. Ma il *tentativo* è per la universale dottrina costituito nella sua materialità da un *principio di esecuzione*. Dunque il codice Francese avrebbe definito il conato che volle in quella guisa punire, un *principio di esecuzione* susseguito da un *principio di esecuzione:* e questa sarebbe un'anfibologia che non può imprestarsi ad un legislatore sapiente. Bisogna dunque per bene interpretare l'articolo 2 attribuire alla parola *esecuzione* il senso più limitato di *consumazione:* che è quanto riconoscere in quella definizione il concetto che il conato dell'art. 2 si costituisca da un *atto esecutivo* (tentativo) susseguito da un atto consumativo. Questo è il senso genuino di quell'articolo.

Ed in faccia a quell'articolo, inteso necessariamente in siffatta guisa, bisogna bene concordare che la sola introduzione del ladro a fine di furto nella dimora altrui non costituisce il conato definito dall'art. 2 e minacciato di pena identica al reato perfetto. Non lo costituisce, non già perchè non sia un *tentativo*, ma perchè è un atto *esecutivo* non susseguito dall'atto *consumativo* finchè il ladro non ha posta la mano sull'oggetto che vuole rubare. In una que-

stione puramente scientifica non ha dunque alcun valore una giurisprudenza per quanto autorevole che procede da una legislazione positiva eccezionale, e che scioglie la questione secondo le speciali nozioni dettate da quella. Tanto è ciò vero che io stesso, che scientificamente ho sempre propugnato e propugno la dottrina che (date le congrue condizioni) riconosce il tentativo di furto nello ingresso violento o fraudolento del ladro, sostenni praticamente l'opposto nei diciassette anni durante i quali esercitai il patronato dei rei sotto il codice di Francia; e potrei allegare i giudicati conformi da me medesimo provocati. Ma posteriormente esercitando il mio patronato sotto mutata legislazione, non osai più sostenere quella tesi, perchè ne avrei avuto la peggio: ed i nuovi giudicati me lo mostrarono. Ciò che è vero in faccia alle esorbitanti ed eccezionali disposizioni di quell'articolo 2 non è vero in faccia alle definizioni di altri codici, e non è vero in faccia alla nozione scientifica del tentativo.

Non è dunque accettabile la nuova teorica guardata nella sua intima costruzione. Fallaci ne sono le formule; falsi i postulati; sofistiche le argomentazioni; pericolose le conseguenze. Verissima e solida è invece la dottrina comune. Il tentativo di furto può benissimo aversi anche prima della *apprehensio*, ed è falso che esordisca unicamente di qui. Dopo la *apprehensio* si consuma il furto quando lo agente si è impossessato della cosa altrui con animo di farla sua. Dopo ciò è sparita ogni ipotesi di furto *tentato* o *mancato* nè occorre aspettare che il ladro trasporti la roba in *loco tuto* com'egli desiderava. Dopo lo impossessamento, la resipiscenza e la restituzione per parte del ladro possono essere circostanze diminuenti, ma non cancellano la imputazione del delitto perfetto, perchè avvenute dopo la consumazione. Che se lo abbandono della cosa altrui succeda *immediatamente* dopo la apprensione, sparirà il furto consumato, per la ragione che da questo immediato riporre della cosa al suo luogo venga a constare che la *contrettazione* non fu *definitiva:* ma non già perchè possa dirsi che il ladro si è pentito utilmente. Con ciò egli dètte segno che quell' oggetto egli aveva preso al fine di esaminarlo e deliberare

se a lui convenisse di farlo suo; e così la eliminazione del furto consumato rientrerà nelle nostre regole generali, che vogliono si distingua la *amozione preparatoria* dalla *amozione definitiva*. Si dirà in una parola, qui non vi è furto consumato di quell'oggetto perchè non ancora ebbe l'agente *l'animo di farlo suo*. Ma non si dirà, qui non vi è furto punibile perchè il ladro dopo aver preso un oggetto e con l'animo determinato a farlo suo essersene definitivamente impossessato, mutò poscia consiglio e volle restituirlo. Questa è la vecchia teorica, diametralmente opposta alla nuova in ogni sua parte, che io credo la sola vera e la sola accettabile.

§ 6. — *Argomenti esteriori — Diritto positivo.* — Riprodussi nel principio del mio discorso gli argomenti esteriori con i quali i proseliti della nuova teorica tentano di assodarla, e promisi di fare anche di questi una piena confutazione: ed eccomi ad attenere la promessa.

In primo luogo gli avversarii nostri fanno gran forza sulla lettera dei diritti positivi che governano le diverse provincie d'Italia. Se l'art. 46 del codice Toscano (essi dicono) e l'art. 97 del codice Sardo hanno dato la definizione del *delitto mancato* come disposizione generale applicabile a tutti i reati, è evidente che in tutti e singoli i reati deve essere possibile la figura del delitto mancato; e che chi pretende che in uno od in altro malefizio il delitto mancato non sia possibile, è senza meno un audace che si arrisica a derogare alla legge scritta riducendo ad alcuni casi soltanto quella disposizione che essa ha dettato per tutti i casi indistintamente.

Ora io tralascierò di osservare che nelle questioni scientifiche è viziosissimo argomentare da ciò che trovasi dettato in uno od in altro codice. Il giudice che ha per suo debito di applicare la legge scritta deve aderire a questa dove anche dicesse che cinque e cinque si hanno a calcolare per otto: ma il cultore di una dottrina filosofica, che cerca la verità emanata dai sommi principii di ragione, non vede in un articolo di codice che la opinione di un Dottore troppe volte meno dotto degli altri, alla quale autorità egli

aderisce se avviene che la trovi conforme a ragione; ma se tale non è, la deplora come una aberrazione umana, e passa oltre nel proprio cammino, ripetendo col sommo Galileo che *la gira*. Se fosse altrimenti non vi sarebbe più scienza possibile, perchè la verità è una sola e non possono esservi due verità opposte per mutare di luogo e di tempo. E nelle materie nostre tutto convertirebbesi in una anarchia, nè vi sarebbe più dottrina giuridica, e meno che mai un giure penale che avesse la sua genesi dagli umani diritti. Qua apparirebbe come verità giuridica doversi il tentativo punire come il consumato delitto; o il favoreggiamento costituire complicità: là essere tentativo il mandato; o come tale doversi punire anche l'atto assolutamente inidoneo: altrove si proclamerebbero gravissimi delitti civili la mancanza di fede religiosa, o lo avere avuto repugnanza a rendersi delatori: e via così discorrendo si convertirebbero in una verità i più grossolani errori e le più lamentevoli iniquità. Quando anche pertanto il codice penale di una nazione avesse prescritto che in ogni reato si dovesse ad ogni costo trovare il caso del delitto mancato, il giurista filosofo non potrebbe adattarsi a riconoscere il delitto mancato dove non ricorrono le condizioni ontologiche indispensabili alla essenza sua. Questa replica sarebbe pregiudiciale all'argomento che adesso combatto, e basterebbe sola a renderlo inconcludente. Ma io non ho bisogno di questa replica, perchè lo argomento stesso è figlio di un equivoco manifesto, ed è in sè medesimo assurdo.

Non è vero che ogni disposizione generale sanzionata nella parte generale di un codice come adattabile eventualmente ad ogni malefizio comandi allo interpetre di applicare quella regola in tutti quanti i reati anche dove non ricorrono le condizioni di fatto alle quali la regola stessa è subordinata. È un equivoco questo che si rivela dalla stessa natura delle disposizioni generali.

Le disposizioni generali di un codice, come le regole che una dottrina scientifica prestabilisce nella sua parte generale, non contemplano i fatti in una od in altra forma concreta costituente una od altra specialità criminosa: esse

guardano i fatti in un punto di vista astratto come eventualmente contingibili; prevedono le condizioni generiche di tali fatti; e prescrivono il modo di giudicarli quando innanzi tutto se ne verifichino le *condizioni previste*. Che se in uno od in altro reato queste *condizioni* non si verificano, il giudice che non trova concorrere le materiali condizioni presupposte dalla regola legislativa non può ostinarsi ad applicare la regola; perchè applicandola in quella contingenza violerebbe il precetto legislativo sotto pretesto di rispettarlo. E se il giurista trova che in una data forma di malefizio non sia possibile incontrare le condizioni materiali richieste da una regola generale che egli medesimo ha prestabilito, deve ben dire che in quella forma non può trovare la regola i termini della sua applicazione; nè col dir ciò si pone in contradizione con sè medesimo, nè col precetto legislativo. A sè medesimo ed al precetto legislativo contradirebbe invece se pretendesse di applicare la regola dove mancano le condizioni imposte dalla regola stessa.

Ogni codice odierno ha la sua parte generale, dove prevede certe contingenze le quali egli vuole che tolgano o modifichino la imputazione, o diminuiscano od accrescano la pena. Ma dettando simili precetti egli non porta lo sguardo nè sul furto, nè sullo incendio, nè sull'omicidio, od altra delinquenza: egli porta indistintamente il pensiero sopra a quella delinquenza nella quale avvenga che si verifichi la contingenza da lui preveduta; e così egli stesso dispone che se in una speciale figura criminosa quella contingenza non possa verificarsi, il precetto da lui dettato rimanga inefficace per quella forma quantunque debba essere efficacissimo per altre forme. Così la parte generale di un codice dispone sulla *minore età*, sulla *recidiva*, sulla *continuazio e*, sulla *complicità*, sul *sordomutismo*, sul *tentativo*, e simili; e vuole che quanto egli dispone si osservi sempre dovunque s'incontri un tentativo, un sordomutismo, una complicità, una continuazione, od una recidiva; ma con questo non dice già che in tutti i delitti speciali debbano aversi come possibili quelle eccezionalità, nè che per la smania di trovarle possibili faccia mestieri appli-

care la eccezione anche dove non ricorrono i termini costitutivi della eccezione. La *ingiuria verbale* si può ella commettere da un sordomuto? Evidentemente no, perchè il sordomuto non ha parola: e pure la regola che stabilisce la minorante del sordomutismo è regola *generale* che indistintamente colpisce ogni delinquenza e conseguentemente anche la ingiuria verbale. La violenza carnale o la falsa moneta si possono esse commettere da un bambino di tre anni? La recidiva si può ella applicare ad un minore di dodici anni che non potè essere precedentemente condannato? Si può egli da un minorenne commettere bigamia o abuso di funzioni sacerdotali? E pure i precetti sulla infanzia, sulla recidiva, sulla minore età, sono regole generali; e quindi si potrà ripetere che devono per necessità essere applicabili a tutte le specialità criminose, e chè lo asserire la esistenza di un delitto speciale al quale non possano applicarsi quelle regole generali, è una violazione del disposto della legge scritta.

Dicono gli avversarii che non sanno comprendere per quale ragione se vi è l'*omicidio mancato* e il *ferimento mancato*, non debba esservi ancora il *furto mancato*. La ragione di ciò è semplicissima. Tutto s'incontra dove *è possibile* lo incontrarlo, ma non s'incontra dove lo incontrarlo *è impossibile;* è la stessa identica ragione per la quale l'uomo non partorisce. Quando fra due enti o fra due condizioni vi è repugnanza è legge impreteribile che quelli o queste non si trovino mai insieme congiunte per la contradizione della rispettiva natura che non consente il congiungimento. Il delitto mancato deve essere un delitto *subiettivamente* perfetto, ma *obiettivamente* imperfetto. In tutti quei fatti dove la consumazione *subiettiva* possa esaurirsi senza che ne sia conseguita la violazione del diritto aggredito, ivi sarà possibile il delitto mancato per la *separabilità* dell'ultimo momento subiettivo dall'ultimo momento obiettivo. Si completa la esecuzione subiettiva dell'omicidio con lo esplodere l'arma micidiale contro il nemico; ma se quell'arma non ha colpito nel segno, il nemico vive: e se il nemico vive il suo diritto alla vita quantunque *aggredito* non è *violato:* e se il diritto alla vita, che costituisce l'oggetto

dell'omicidio, non è completamente violato finchè l'uomo vive, il delitto di omicidio non è obiettivamente perfetto.

Ma vi sono forme criminose nelle quali per la speciale loro natura l'ultimo momento della consumazione *subiettiva* non è *separabile* dalla consumazione *obiettiva*, perchè con quello già si consuma la *violazione* e non la sola *aggressione* del diritto altrui costituente quel titolo di reato: ed in tali reati è impossibile concepire il delitto mancato, perchè se l'ultimo momento della consumazione subiettiva non è ancora eseguito rimane qualche cosa da fare al colpevole, e il delitto non è *subiettivamente perfetto*, ed è un semplice *tentativo* e non un *delitto mancato;* laddove se fu eseguito anche l'ultimo momento della consumazione subiettiva avvenendone al tempo stesso la consumazione *obiettiva*, che si compenetra con quella e ne è inseparabile, il delitto è *consumato* e non semplicemente *mancato*. Facile dunque è comprendere il perchè la figura del delitto mancato sia possibile in certi malefizi e sia difficilmente escogitabile in altri. Quale è la consumazione obiettiva del reato di furto? Certamente se questa si va cercando nel conseguimento per parte del colpevole del *bene* da lui agognato sicchè il furto non debba dirsi obiettivamente perfetto finchè il ladro non ha posto in *loco tuto* la cosa furtiva, si potrà dire che la consumazione *obiettiva* è ritardata ed allontanata dal momento della *apprensione* e della *amozione*, ma non ostante ciò rimarrà *inseparabile* dalla consumazione soggettiva; perchè se il ladro stava per porre *in loco tuto* la roba furtiva quando venne sorpreso, la consumazione *subiettiva* non è ancora *perfetta*, perchè tuttavia rimaneva a fare l'ultimo passo, cioè il collocamento in *loco tuto*, e così restiamo tuttora nei termini del tentativo. E se il collocamento *in loco tuto* fu fatto, sicchè il furto (secondo la opinione degli avversarii) possa dirsi *subiettivamente perfetto* la avvenuta collocazione in *loco tuto* esaurisce contemporaneamente per la stessa teorica degli avversarii anche la consumazione obiettiva; e il furto è consumato, mancato mai.

Dove però, secondo la comune dottrina, il furto si abbia per consumato mediante il solo impossessamento dell'altrui

cosa a fine di lucro, lo perchè dimandato dagli avversarii nostri è ugualmente manifesto. O l'atto costitutivo dello *impossessamento* non è ancora eseguito, ed allora rimanendo ad eseguirsi una qualche cosa dal delinquente il delitto non è ancora *subiettivamente perfetto* e si ha un tentativo soltanto. Oppure l'atto dello impossessamento fu ancor esso eseguito, cosicchè il furto possa dirsi subiettivamente perfetto; ed allora siccome è giuridicamente impossibile che io m'impossessi di cosa altrui senza *violare l'altrui possesso*, il furto è consumato anche *obiettivamente;* perchè è avvenuta la violazione del diritto aggredito che la legge protegge vietando il furto; ed abbiamo il furto *consumato*, non più soltanto il *mancato*.

Ma tornando allo argomento avversario rimane che io dimostri l'*assurdo* che nel medesimo si contiene: è assurdo ogni argomento che ha *il vizio di provar troppo;* e il vizio di provar troppo è intuitivo nell'argomento avversario. Infatti ella è una regola *generale* anche quella degli articoli che definiscono il *tentativo*, e che ne ordinano con certe misure la repressione. Seguendo il modo di argomentare degli avversarii sarà forza dire che la figura del *tentativo* si deve trovare in ogni speciale delinquenza senza escludere la possibilità in alcun titolo criminoso, perchè (al dire dei contradittori) le disposizioni *generali* del codice dobbono essere applicabili a *tutte* senza eccezione le forme *speciali* di delinquenze. Ed ecco rovesciato con un tratto di penna il secolare insegnamento, ecco cancellata la universale giurisprudenza, che dissero impossibile il conato punibile per la natura loro in tutti quei reati che *perficiuntur unico actu:* e così a dispetto di tutte le scuole e di tutte le giurisprudenze vedremo punirsi il tentativo d'ingiuria, il tentativo di oltraggio al pudore, il tentativo di bestemmia verbale, e simili cose inaudite. Anche della *complicità* si dispone dai codici con regola generale; ed è generalissima ed indistinta la sanzione dell'art. 103, n. 2 del codice Sardo, che ordina si punisca come complice dell'autore del delitto chi a questo *somministrò gli strumenti* per consumarlo. Ma se voi mi domandate se alcuno possa rendersi complice della *ingiuria verbale mediante somministra-*

zione di stromenti, ed io vi rispondo che ciò è impossibile, oserete voi dire che io conculco la legge scritta perchè escludo una specialità criminosa dalla regola generale? Una regola generale dettata senza previsione di nessun caso speciale avrà dunque la suprema potenza di cambiare la natura delle cose? Mai no, che tale potenza *non Dii*, *non homines*, *non concessere columnae*.

§ 7. — *Argomenti esteriori — Considerazioni politiche.* — Finiscono gli avversarii nostri con avvertire che il caso del ladro che non giunse a *porre in sicuro* la roba furtiva ed il caso del ladro che *definitivamente* se l'appropriò hanno tanta differenziale, così nel rapporto del danno immediato come nel rapporto del danno mediato, che repugna alla buona politica, repugna allo stesso senso morale lo infliggere a quei due casi la identica pena. Si serve dunque alla equa distribuzione dei castighi dicendo che al ladro impossessatosi dell'altrui roba s'irroghi la pena del tentativo finchè rimane nel recinto del proprietario; s'irroghi la pena del furto mancato finchè non ha posto in sicuro la roba; ed a questo ultimo caso soltanto si serbi la pena ordinaria del furto consumato. Anche questa ultima argomentazione è un castello bellissimo, ma è un castello nei Pirenei.

E chi ha detto ai nostri contradittori che noi vogliamo *punire ugualmente* il furto quando lo spoglio del proprietario verificossi completo come quando il proprietario inseguendo fortunatamente il ladro potè ricuperare la roba sua? Questo se lo infingono gli avversari, ma noi nol vogliamo: e se lo infingono, perchè parlano in guisa come se per colpire un reato di una pena minore non vi fosse altra via possibile tranne quella di dichiararlo o mancato o tentato: e così dimenticano affatto la teorica della *quantità dei delitti*, che è pure cardinale e saldissima nella dottrina punitiva.

Altro è dire che il delitto tentato o mancato debba punirsi meno del consumato: altro è dire che un delitto non possa punirsi al di sotto della ordinaria misura tutte le volte che è consumato: rovesciare le due proposizioni è un audace sofisma. Anche il delitto consumato subisce l'influsso della teorica della *quantità*, la quale procedendo dalla con-

siderazione del più e del meno di danno *immediato*, o del più e del meno di danno *mediato*, che furono concomitanti al delitto perfetto, impone che meno s'imputi e meno si punisca il reato sebbene perfetto quanto furono minori quei danni; e più si punisca quanto furono maggiori. Il ricupero del tolto riduce il reato di furto ad un danno immediato che rappresentasi dalla sola violazione del *possesso* non susseguita dalla perdita della proprietà; per cagione di quel ricupero si verrà minorando lo allarme dei buoni o il malo esempio dei malfattori. Dovrà dunque per buona giustizia trovarsi in quel ricupero una circostanza che diminuisce la quantità del furto e proporzionalmente la sua imputazione. Il furto violatore del possesso ma non spogliatore della proprietà s'imputerà meno, al modo stesso che s'imputa meno il furto di dieci lire che non il furto di mille. Ma per giungere a quel meno d'imputazione che giustizia desidera non vi è bisogno di falsare la nozione giuridica del fatto, nè di convertire il delitto perfetto in un delitto tentato o mancato. Così il ratto o la violenza carnale trovano un meno d'imputazione a causa del matrimonio succeduto spontaneamente con la femmina offesa; nè a procacciare questo meno vi è bisogno di dire che la violenza carnale od il ratto non si consumano che col matrimonio, quantunque la ultima oggettività ideologica dello agente stesse appunto nel matrimonio con quella femmina perchè egli divisava costringerla ad accettare la sua mano col rapirla o col violentarla. Così se la casa alla quale fu posto il fuoco non arse che in piccolissima parte, il delitto d'incendio imputerassi come minore di quello s'imputerebbe se tutta fosse abbruciata e consunta; e più s'imputerà se saravvi intervenuta morte di uomini o distruzione d'archivi o di cose pubbliche; ma non per questo sarà necessario affermare che l'incendio non è delitto perfetto finchè la casa non è tutta scomparsa o finchè non vi sono periti uomini o pubblici documenti. Queste le sono cose così elementari che anche una volta desta meraviglia come possano dimenticarsi al fine di architettare un prestigioso argomento.

Ed anzi questo ultimo argomento avversario si ritorce contro la nuova teorica. Insegnandosi per la medesima che

il furto non sia consumato finchè il ladro non abbia posto in luogo sicuro secondo il disegno suo la roba furtiva, e che fino a questo momento ei sia responsabile unicamente di furto mancato o tentato, si viene inevitabilmente ad obiettare il solo furto tentato o mancato al ladro che sia stato impedito nel desiderato collocamento per avere smarrito la roba per la via od averne patito alla sua volta lo spoglio per mano di terzi prima di averla assicurata nel luogo che ei destinava. Questo fortuito accidente sarà per voi una minorante della imputazione, perchè voi volete trovare l'oggetto del malefizio nel *bene* conseguito dal delinquente anzichè nella violazione del diritto altrui; e perchè volete trovare la ragione di punire non nella veduta *giuridica* di tutelare gli umani diritti, ma nella veduta *morale* d'impedire cha alcuno per modi disonesti avvantaggi la propria sorte. E conseguentemente io vi dimanderò qual sia il meno di danno immediato o quale il meno di danno mediato che voi desumete dalla accidentalità del furto o dello smarrimento patito dal ladro nello intervallo del suo trasporto, mentre al povero proprietario rimane la duplice offesa della violazione del possesso e della perdita della sua proprietà? Come trovate voi giusto e politico che il ladro si colpisca di pena inferiore di uno o due gradi perchè mentre recava al suo domicilio i fogli di banca rubati una dirottissima pioggia od un abbruciamento casuale rendette a lui inservibile il bottino raccolto? Non avversa dunque la comune teorica alla giusta e politica repartizione dei castighi; vi avversa invece irragionevolmente la vostra.

Tengasi dunque cara la dottrina dei nostri maestri e degli avi nostri, e la vaghezza di nuovità non faccia velo al nostro intelletto. La nuova teorica non colpisce soltanto un punto isolato. Essa nel suo svolgimento rovescia da capo a fondo tutta la dottrina penale per costruirne una diversa sovra basi antigiuridiche ed impolitiche. Essa demolisce la nozione fondamentale del delitto; essa perturba la dottrina del grado, della qualità e della quantità nei reati; essa accende un rogo per tutti i precetti più solidi e più ricevuti nella dottrina penale, ed innalza quel rogo sopra una piramide di sofismi.

Avverrà forse che taluno degli amici miei, e certamente tutti coloro che si nutrirono al latte della buona scuola Italiana, mi accusino di aver fatto opera vana confutando pensieri che sono evidentemente falsi, o dimostrando proposizioni che nessuno contrasta. Affinchè pertanto non dicasi di me ciò che si narra del Cavaliere della Mancia, che nella sua fantasia convertiva in giganti i mulini a vento per millantarsi poscia di aver vinto i giganti, egli è necessario che io faccia palese la occasione del presente scritto: ed è questa. Assunto io all'onorevole ufficio di far parte della Commissione giudicatrice dei candidati alle giudicature, ai quali erasi data per tesi della loro dissertazione la questione del furto mancato, mi avvenne di leggere meglio che ottanta dissertazioni di giovani candidati, tutti studiosissimi e di fiorito ingegno, le quali l'una dopo l'altra ripetevano con termini presso a poco identici e con identico sistema di ragionamento la nuova teorica del furto che ho qui preso a combattere. Se si fosse trattato della opinione di un solo o di pochi io non ne avrei fatto caso; ma la moltitudine di coloro che scriveva in quel senso e la uniformità delle loro argomentazioni mi rivelarono che là non si erano esposti i pensieri eccentrici di qualche individuo, ma una dottrina che in qualche scuola si professava, e che nella mente di quei giovani si era più o meno esattamente trasfusa. La maggior parte di loro non mostravano di conoscere la dottrina comune esposta nel mio *Programma;* alcuni pochi mi fecero l'onore di ricordare il mio *Programma*, e meravigliarsi di quanto si leggeva colà, senza però degnarsi di una confutazione. Due soli ne trovai ai quali, quantunque eruditi alla nuova teorica, piacque di preferirle lo insegnamento del vecchio criminalista, voglio dire lo insegnamento di Carmignani, e innanzi a lui di tutti i criminalisti Toscani. Compresi allora che la irruzione nella Magistratura di centinaia di giudici i quali coscienziosamente professavano la dottrina che non si potesse ai ladri irrogare la ordinaria pena del furto finchè non avevano portato alle case loro la roba furtiva, nè quella del tentato furto finchè non avevano pigliato qualche cosa nell'altrui domicilio fraudolentemente o violentemente invaso da loro,

era un vero pericolo: pericolo gravissimo non solo per la scienza ma per la stessa sicurezza sociale: pericolo tanto più temibile perchè il furto è il delitto che più di frequente impaurisce gli onesti e che più di ogni altro passeggia impunito e temerario nelle odierne società. Parvemi allora che fosse un dovere del sacerdozio al quale ho consacrato la vita mia usare di ogni mia forza al fine di scongiurare questo pericolo; e così scrissi.

OSSERVAZIONE XII.

Si dimostra che il legislatore penale deve disporre in guisa da evitare sempre la iniquità che un cittadino incorra un aggravamento di pena per un fatto altrui che egli non *conobbe* nè *coadiuvò*: e peggio ancora che porti a pena più *grave* il fatto accompagnato da circostanze più *lievi* ed a pena più *lieve* il fatto accompagnato da circostanze più *gravi*.

Resistenza, Armi.

Il codice Sardo del 1859, regalato oggi a nove decimi della Italia, copiò letteralmente anche i suoi art. 248 a 252, dagli art. 213 a 217 del vecchio codice Sardo (26 ottobre 1839) ove si stabilisce la scala delle aggravanti nel reato di resistenza, convertito gallicamente in quello di ribellione; al modo stesso che il vecchio codice Sardo avea tradotto gli articoli 210 a 215 del codice penale Francese del 1810. Così la Italia liberale gode oggi nella maggior parte delle sue provincie le gemme del codice di Napoleone I. Se non che, sembrando poca ai vecchi legislatori Sardi la severità dell'Imperatore dei Francesi, nel tradurre l'art. 210 di Francia nel loro art. 213, dove il Signore di Francia per mandare alla galera coloro che avessero resistito alla forza pubblica voleva il concorso di una riunione armata di oltre venti persone, il legislatore Sardo si contentò di sole dieci persone per infliggere la pena della galera: fra i quali due testi i consarcinatori del nostro codice del 1859 scelsero il

più severo al fine di disingannare coloro che avevano sognato potersi sperare dalla Italia redenta un progresso umanitario nel giure penale.

Ma di ciò è inutile il dire, perchè le sono cose ormai conosciute da tutti. Quello che oggi io qui voglio notare è un punto relativo alla aggravante delle *armi* nella resistenza, punto nel quale sono letteralmente concordi i tre codici sopra citati.

Le armi che seco porta un uomo al momento nel quale dà opera alla consumazione del delitto possono essere *apparenti* o *nascoste*. Finchè io tengo in tasca un coltello od uno stile od una pistola, l'arme è *nascosta*. Quando brandisco quello stile, o di quella pistola faccio mostra al nemico, o innanzi a lui faccio balenare una sciabola, l'arme è *apparente*. Di questa distinzione molti legislatori non tennero conto alcuno quando si trattò di desumere dalle armi delate dal colpevole una aggravante del malefizio da lui commesso; ed io ebbi altra volta occasione di manifestare la mia repugnanza ad accettare siffatta parificazione, sembrando al mio sentire che l'arme *apparente* dovesse aversi come aggravante maggiore che non l'arme nascosta: e ciò per ragioni desunte dalla considerazione *soggettiva* non meno che dalla considerazione *oggettiva*, ragioni che in ambo siffatti rapporti io credo saldissime.

Sotto il punto di vista *soggettivo* l'arme *apparente* non può dirsi casualmente delata dal portatore, nè che egli in quello istante non avvertisse di averla sopra di sè. Come la videro gli altri egli doveva vederla: laddove un'arma *nascosta* può trovarsi da lungo tempo casualmente dimenticata nella mia tasca, e sfuggita al mio pensiero in quello istante nel quale mi trovai involto in una resistenza. Ma sia pure che voglia presumersi dovere io sapere ciò che portava in dosso e non obliarlo: anche posto ciò, se ne rileva manifestamente una più mite intenzione: perchè se mentre io lottava con la pubblica forza sapeva di avere in dosso uno stile od una pistola, e lottai con le mani senza trarre quell'arma dalla mia tasca, non è più congetturata soltanto ma positiva la mia volontà di non usare di quell'arma, e di volere resistere sì, ma resistere con le nude

forze corporee senza volere offendere la persona degli esecutori, e senza neppure volerli intimidire. Quando invece l'arma è apparente se non potrà tosto affermarsi la decisa intenzione di ferire potrà per lo meno affermarsi la intenzione di impaurire e minacciare gli esecutori e di incoraggiare i compagni. Innegabile pertanto che sotto il punto di vista soggettivo l'arma *apparente* presentisi come più odiosa dell'arme *nascosta*.

Nè questo è men vero sotto il punto di vista oggettivo, perchè un'arme *nascosta* nella mia tasca durante una rissa od una resistenza per quanto prolungata non ha recato certamente danno alcuno al corpo degli avversari, ma neppure ha potuto offendere gli animi loro con un sentimento di paura: laddove l'arme *apparente* non può non essere causa di spavento quando la si vede nelle mani di chi ci aggredisce.

Ovunque pertanto si voglia tener conto della delazione di armi concomitante ad una azione delittuosa come aggravante del delitto principale, io stimo ingiusto tener conto dell'arme *nascosta* tranne quando si mostri deliberatamente preparata al fine di usarne in quella delinquenza. E stimo poi sempre iniquo parificare agli effetti penali l'arme *nascosta* all'arme *apparente*. Che se tale parificazione potrà essere tollerabile nei delitti premeditati, come lo fu nel caso del furto per l'art. 381 del codice Francese, è una vera esorbitanza ingiustificabile riprodurla nei reati d'impeto e commessi per improvvisa risoluzione. E difatti lo stesso codice Francese, che pei ladri (delinquenti sempre premeditati) aveva dichiarato qualificante anche l'arme *nascosta*, aveva a prima giunta nel tema della resistenza renduto omaggio alla verità che propugno, quando all'art. 214 limitava la aggravante alle *armi ostensibili*. Ma procedendo oltre si inciampò nello assurdo.

E l'assurdo è quello di trovare un aggravante maggiore nell'*arme nascosta* che non nell'*arme ostensibile* od *apparente*.

Eppure questo singolare assurdo trovasi anch'esso nel codice Sardo ove si combinino gli articoli 250 e 252. La resistenza che nel caso semplice l'art. 249 punisce col car-

cere incontra la pena della reclusione se fu commessa in una *riunione armata* di persone che non siano in numero maggiore di dieci nè minore di tre. Fin qui nulla è osservabile. Ma il successivo art. 250 definisce la *riunione armata* in questi precisi termini — *quando* PIÙ DI DUE *persone portavano* ARMI APPARENTI. Dunque se in una riunione DUE SOLI furono delatori di *armi apparenti* non vi è riunione armata, e non può aver luogo la pena della reclusione. Lucio e Cajo delatori di *armi apparenti* devono punirsi col solo carcere. Ma l'art. 252 prosegue con una speciale disposizione ad ordinare che quantunque la riunione non possa dirsi armata perchè non vi erano *più di due* persone munite di *armi apparenti*, e così per i sette od otto resistenti non si oltrepassi la pena del carcere, pure se vi sarà un *individuo* delatore di *armi nascoste* costui sarà individualmente punito come se la riunione fosse stata armata, cioè con la reclusione. Che ne pare egli di questa distribuzione di pene? Lucio e Cajo resistendo in unione ad altri quattro compagni brandivano entrambo una sciabola: sono puniti col carcere. Lucio e Cajo avevano invece un piccolo coltello in tasca, sono puniti con la reclusione: Lucio brandiva una sciabola contro gli esecutori, e Cajo tenne in tasca il suo piccolo coltello da tagliar pane, del quale non pensò mai ad usare contro gli apparitori, ed ecco il primo condannato al carcere ed il secondo alla reclusione. Se Cajo avesse dato mano a quel suo coltello e qualcun altro avesse fatto lo stesso, allora Lucio per il fatto dei compagni avrebbe anch'egli incontrato la reclusione: ma poichè i suoi compagni benchè tutti muniti di coltello non pensarono ad usarne, e non ne fecero mostra, così Lucio potè a suo talento fare il bravo con quella sciabola ed è pagato col carcere, mentre gli altri non possono evitare la reclusione.

Questa è la logica del codice Sardo. E quando non vi è logica nella legge non è meraviglia se talora smarriscono la logica anco i giudici. Così avvenne al Tribunale di Legnago che con pronunzia del 29 aprile 1872 dichiarando la propria incompetenza giudicò meritevole di reclusione un certo Bassotto perchè nel resistere insieme ad altri cinque aveva egli solo brandito un ronchetto, adducendo

la singolare ragione che se quell'arme era stata *apparente* doveva precedentemente essere stata *nascosta*. E propriamente di aver mancato alla buona logica appuntò quella sentenza lo illustre Procuratore Generale Miraglia, denunciandola alla Corte di Cassazione di Firenze con requisitoria del dì 28 maggio 1872. Nè tardò la Corte Suprema a cassare quella pronunzia con il suo decreto del 27 agosto 1872: e fu fatto benissimo. Ma se il povero *Bassotto* invece di brandire il ronchetto contro i Carabinieri se lo era tenuto nascosto nella sua tasca, nè la Regia Procura, nè la Corte Suprema avrebbero potuto salvarlo dalla reclusione. Il caso che qui accenno trovasi riferito nell'*Eco dei Tribunali, anno* 23, *n.* 2486, *pag.* 298.

Queste sono le conseguenze dello avere inconsultamente definito due aggravanti senza confrontare i respettivi effetti penali, nè le possibili forme del loro pratico svolgimento. Eppure si tratta di codici fatti da uomini pratici, e non da inetta gente di cattedra!

OSSERVAZIONE XIII.

Si dimostra che il legislatore quando vuole statuire una *pregiudicialità* impeditiva del corso di un'azione penale deve farlo con termini i quali colpiscano i soli casi dove la pregiudicialità è possibile.

Soppressione, pregiudicialità.

Vi sono nel diritto certe regole così ovvie, così inerenti all'ordine primitivo della ragione giuridica, così incriticabili, che esse hanno fatto tranquillamente il loro passaggio a traverso tutti i secoli e tutte le Giurisprudenze; e senza bisogno di alcuno speciale dettato legislativo, sono state dovunque e costantemente riconosciute. Tale è la regola della *pregiudicialità* dell'azione civile all'azione penale.

Questa regola è una deduzione logica impreteribile dei cardini delle competenze. Accettata universalmente dai popoli culti la separazione della competenza penale dalla competenza civile, e consegnata questa ad alcuni giudici e ad alcune forme di giudizio, serbando quella ad altri giudici e ad altre forme, ne avveniva che si negasse in modo assoluto a ciascuno di quei due ordini la giurisdizione sulle questioni attenenti all'altro; e che per conseguenza il giudice civile non avesse balìa di conoscere del delitto *come delitto;* e viceversa il giudice criminale non avesse balìa di statuire il definitivo pronunciato sul diritto patrimoniale o personale caduto in controversia fra i privati.

Ma poichè un principio generale di ordine pubblico impone di evitare lo sconcio che nascano due sentenze contradittorie si dovette riconoscere la necessità che i due giudizi, quando per avventura cadessero sopra un identico obietto principale, non procedessero contemporaneamente, ma l'uno dei due si sospendesse per aspettare l'esito dell'altro, onde evitare il suddetto sconcio. E qui si considerò che il giudizio penale istituito nello interesse pubblico aveva una *poziorità* manifesta sul giudizio civile accordato nel solo interesse privato; e si accettò per massima la precedenza di quello su questo.

Peraltro può avvenire (e troppo spesso avviene) che un diritto privato non possa nascere se prima non è in un determinato fatto umano riconosciuta la qualità di *delitto:* e viceversa che un fatto umano non possa dichiararsi *delitto* se prima non è competentemente statuito sulla pertinenza di un dato diritto (eventualmente controverso) del privato che dicesi offeso. Ora questo emergente sviluppò per necessità logica la teorica della *pregiudicialità* limitativa della massima della *poziorità.*

Se il giudice criminale non ha *competenza* a conoscere e giudicare la questione *civile* che si agita fra le parti; e se egli non può affermare la *esistenza del delitto,* nè pronunciare condanna, senza che prima sia definito il contrasto sulla pertinenza o no del diritto civile; è di assoluta necessità che il giudice criminale alla sua volta si arresti e sospenda la sua cognizione. Competenza per dichiarare la sussistenza del diritto civile egli non l'ha, se la parte interessata ricusa recisamente di sottostare al suo giudizio su questo punto. Ma senza la decisione di quel punto di controversia non può dichiararsi il concorso di uno degli *estremi essenziali* al delitto. Se si condanna e poscia il Tribunale civile viene a negare quello estremo, si è condannato dove non era delitto; se si assolve e poscia il Tribunale civile viene ad affermare quello estremo, si è assoluto un colpevole a detrimento della pubblica giustizia. Dunque la necessità delle cose imperiosamente vuole che il giudizio criminale trattenga il suo corso fino all'esito del giudizio civile, e che la massima della *poziorità* ceda il luogo alla dottrina eccezionale della *pregiudicialità?*

Scorrendo i monumenti della Giurisprudenza di tutti i popoli culti si trovano a centinaia e migliaia gli esempi di questa dottrina sotto svariatissime forme applicata, senza che facesse mestieri di una legge speciale o di un articolo positivo di codice che la ordinasse. La logica è la naturale sovrana di tutti i ragionamenti, e la logica s'incarna dovunque in quello che chiamasi giure comune. Un legislatore che pretendesse di ridurre nel suo codice ad altrettanti speciali articoli tutte le deduzioni della logica e tutti i precetti del giure comune, aspirerebbe ad impresa titanica altrettanto orgogliosa e vana quanto ineseguibile. Perciò i più sapienti ordinatori delle procedure penali (avvertendo che dettar precetti *speciali* sulla *pregiudicialità* era quanto in un trattato di architettura seriamente insegnare che le fondamenta di una casa debbono costruirsi prima del tetto) non si posero al cimento di stringere in un letto di procuste gli effati della ragione, e non si occuparono di dettare una casuistica della *pregiudicialità:* e ne lasciarono il governo alla sua forza naturale che è il senso comune.

Ma vi sono talvolta dei legislatori ai quali parrebbe che giungessero come cose nuove certe verità che tutti sanno e tutti accettano in giurisprudenza. Dico parrebbe, perchè lo affermarlo sarebbe troppo offensivo. E piuttosto bisogna credere che a costoro preoccupi la mente la idea della ignoranza universale, e nel presupposto di tale ignoranza anche nei Magistrati che saranno chiamati ad applicare il loro codice, stimino necessario di convertire in altrettanti appositi articoli i precetti più classici e secolari del senso comune. Di qui la manìa di definire con descrizione di casi speciali un dettato di ragione che è indefinibile con referenza alle materialità, perchè essendo *universale* abbraccia tutte le possibili materialità, e tutte eventualmente nel concorso delle sue condizioni le regola. E di qui lo inconveniente inevitabile delle omissioni, che rendono o prima o poscia incompleta, inesatta e pericolosa la più studiata definizione. Questa è una verità suprema che nasce dalla natura delle cose, la quale non può cambiarsi per potenza d'ingegno.

Di tale verità abbiamo un esempio negli art. 32, 33 del codice di procedura penale dato all'Italia nel 1865. In quei

due articoli si volle stringere tutta la dottrina della *pregiudicialità* del *civile* sul *criminale*, pretendendo convertirla senza bisogno in una teorica di diritto positivo: e ne avvenne, come di necessità doveva avvenire, una definizione viziosa.

L'art. 33 regola la *pregiudicialità* relativa ai *diritti reali* e di questo articolo non voglio oggi occuparmi. Basti notare che tutto quello che attiene ai *diritti personali* è affatto estraneo alla lettera ed allo spirito dell'art. 33, unicamente ristretto — ivi — *alle eccezioni di diritto civile concernenti la proprietà o altro diritto reale:* laonde la emergenza di eccezioni o quistioni *concernenti i diritti della persona* esclusivamente si regola dall'art. 32.

Ed ecco tutto quello che intorno alle questioni di *diritti personali* si dispone dall'art. 32 — ivi — *Nei reati di soppressione di stato l'azione penale non può promuoversi che dopo la sentenza definitiva del giudice civile sulla questione di stato.*

Evidentemente questo articolo limita le sue disposizioni al caso tassativamente designato della *soppressione di stato:* e cosa sia la *soppressione di stato* noi non dobbiamo qui domandarlo alla scienza o ad altri codici, ma cercarlo nello art. 506 del codice Sardo, perchè i due codici si danno la mano, cosicchè debbono intendersi reciprocamente *ad tramites* l'uno dell'altro.

E qui ripeto la protesta che nel presente lavoro io non intendo assumere la discussione di *principii teorici*, nè muovere censura sui *principii* accettati da una od altra legge positiva; ma unicamente sottoporre ad esame critico la *forma* di certe definizioni; per mostrare quanto sia pericoloso il sistema di voler tutto definire nei codici penali, e quanto sia vizioso il metodo (troppo da taluni prediletto oggidì) di voler definire le idee che sono semplici, assolute, e costanti, con la descrizione di materialità che sono sempre composte, contingenti e mutabili. Io non mi occupo pertanto della zavorra accumulata nell'art. 506 del Codice penale Sardo, perchè ciò uscirebbe fuori del mio compito. Io piglio l'art. 506 come sta; lo pongo a contatto dell'art. 32 per intender questo: e da tale confronto ne rilevo apertissimi

i difetti ed i vizi dell'art. 32, che si fanno chiari per le seguenti osservazioni.

1°. L'art. 32 adopera, come ognuno vede, un linguaggio *assoluto*. L'esercizio dell'azione penale è assolutamente interdetto se non ha per base una *sentenza definitiva del giudice civile sulla questione di stato*. Ferisce a colpo di occhio la *nessuna condizionalità* di questo precetto. E siffatta infelicità di locuzione pone il giudice nella necessità di supplire alla legge. Chiedendosi una *sentenza sulla questione di stato* si suppone che la *questione vi sia: questione*, ma quale? Un dubbio qualunque elevato dalla difesa orale in limine della pronuncia punitiva sarà una *questione di stato?* Dovrà esservi una vera e propria *lite contestata* sullo stato? Potrà il giudice penale apprezzare la serietà di tale questione, e giudicandola espiscata e frivola disprezzarla, e passare oltre a condanna? Questa facoltà di valutazione letteralmente accordata al giudice criminale dall'art. 33 in ordine alle questioni vertenti sui diritti reali o di proprietà, combinata col relativo silenzio e con la imperiosità del precetto dell'art. 32, obbliga l'interpetre a negare al giudice criminale altrettanta balìa in ordine alle questioni di stato.

Ogni accusatore pertanto onde porsi al coperto dal pericolo di una sorpresa del difensore, per quanto a lui risulti non questionabile *lo stato* soppresso, sarà nella necessità di provocare egli stesso un giudizio civile *sopra lo stato* che si volle sopprimere, al fine di presentare al giudice penale quella sentenza che la legge pone come pietra angolare indispensabile all'edifizio dell'accusa. Provocare il giudizio civile: ma lo potrà egli d'uffizio? Lo potrà quando le parti interessate nol vogliano e nessun privato inoltri reclamo? Lo potrà quando lo stato soppresso siasi restituito alla sua condizione genuina? Potrà il giudice civile essere chiamato a proferire una sentenza ipotetica per comodo del pubblico accusatore sui diritti di privati che non invocano lo esercizio della sua giurisdizione?

2°. L'art. 32 sanziona egli eventualmente la non *punibilità del tentativo di soppressione di stato?* Per fermo il nostro legislatore non pose mente a questa eventualità. Ma tale impunità sarà la necessaria conseguenza non preveduta

dell'art. 32. Pongasi che genitori legittimi snaturati abbiano usato ogni opera loro per sopprimere lo *stato* di un figlio. Ma poscia informati delle ricerche della giustizia abbiano ripreso la prole, l'abbiano solennemente riconosciuta ed immessa pubblicamente nel legittimo possesso dei suoi diritti. Sarà impossibile ottenere dai tribunali civili una sentenza definitiva in questa condizione di cose; e l'accusato declinerà sempre la sentenza di condanna chiedendo il pronunciato del Tribunale civile.

3°. Qual'è il delitto di *soppressione di stato* la persecuzione del quale si volle dall'art. 32 subordinata alla preambula necessità di un giudicato civile? Il dubbio è serio tanto se la nozione del reato di *soppressione di stato* si chieda alla scienza, quanto se si chieda alle nostre leggi positive. Con la formula *soppressione di stato* ora si venne dai criminalisti indicando un *genere* ed ora una *specie*. Si indicò un *genere* comprensivo di tutti i fatti che avevano per fine o per conseguenza di privare un cittadino dello stato di famiglia al quale avrebbe avuto diritto. In tal senso la supposizione di parto, l'occultamento di infante, e la sostituzione di infante, si vennero a comprendere nella generalità del reato di *soppressione di stato*. Al contrario si indicò una *specie* dai dottori che dando alle altre ipotesi il nome speciale di *occultamento*, *sostituzione*, o *supposizione* serbarono il nome di *soppressione di stato* al fatto di chi avesse spogliato il fanciullo del suo stato legittimo di famiglia senza dargliene un altro. Saremmo dunque assai perplessi se dovessimo dimandare alla scienza qual'è il reato di *soppressione di stato* al quale deve applicarsi il disposto dell'art. 32. Ma ho già detto che la nozione del reato previsto nell'art. 32 deve dimandarsi al codice penale Sardo e non alla scienza. Questo però non fa cessare la nostra perplessità. Volgendoci infatti all'art. 506, e cercando schiarire il nostro dubbio col testo dell'articolo anzichè con la rubrica, siamo indotti a pensare che per l'art. 506 il delitto di *soppressione di stato* sia una *specie* e non un *genere*. E di vero, quando l'art. 506 procede per una completa enumerazione di parti, definendo l'oggettivo che contempla, non col richiamo della idea giuridica, ma con la designazione delle diverse *materialità di*

forma soggettiva con le quali un fatto umano può vulnerare quell'idea, è necessità per l'interpetre di concludere che la *soppressione di stato* dal codice Sardo specificata come cosa distinta dall'*occultamento*, dalla *sostituzione*, e dalla *supposizione*, è per quel codice un delitto *speciale* differente dagli altri tre delitti separatamente previsti e diversamente nominati dalla legge. Mai la identità della pena può essere ragione che basti ad identificare due delitti che la legge separatamente descrive e differentemente denomina sul criterio della differenza delle *materialità esecutive*, quantunque eventualmente aggressivi dello identico diritto. Mi sembra dunque incontrastabile che nell'art. 506 il reato di *soppressione di stato* è una *specie* e non un *genere*.

Ma se questo reato è una *specie* nell'art. 506; e se l'art. 32 deve interpetrarsi con referenza all'art. 506, sarà mestiere concludere che anche nell'art. 32 il reato di *soppressione di stato* è una *specie* alla quale unicamente si restringe la prescrizione dell'articolo stesso.

Conseguenza di questa interpetrazione sarebbe la piena e libera potestà nel Pubblico Ministero di muovere, senza bisogno del preambulo giudizio e sentenza definitiva civile, una azione penale per *occultamento*, per *supposizione*, e per *sostituzione;* e senza aspettare il pregiudiciale giudizio raggiungere la condanna, anche malgrado la pendenza effettiva di una lite sopra lo stato.

E se questa conseguenza apparisce assurda, la unica via per evitarla si è quella che lo interpetre *corregga* la infelice definizione della legge, e dopo avere supplito nell'articolo la *condizionalità* che non vi è scritta, passi ancora a definire il reato di *soppressione di stato* in un modo diverso da quello col quale volle definirlo il legislatore.

4°. Ma quale è lo *stato* la cui soppressione costituisce questo titolo di reato, sia che desso si consideri come un *genere*, sia che desso si consideri come una *specie* determinata da certe differenti materialità di forma? Eccoci a nuove perplessità.

Lo *stato* di famiglia in faccia alle nozioni scientifiche ha per obiettivo tutti i diritti che spettano ad un individuo dipendentemente dallo essere la sua persona in certi rapporti

giuridici o in faccia alla natura o in faccia alla società con altre persone. Allo stato di famiglia fanno capo dunque non i soli diritti di paternità e di filiazione derivati dalla società parentale ma anche i diritti di coniugio derivanti dalla società coniugale. Quindi la generalità degli scrittori che definirono il delitto di *soppressione di stato*, lo considerarono anche sotto questo ulteriore punto di vista come un *genere*; sebbene altri anche qui lo volessero considerare come una *specie*. I primi in questo loro modo di vedere ammisero che il delitto di *soppressione di stato* potesse commettersi anche contro gli *adulti:* i secondi richiesero che il soggetto passivo ne fosse un infante. I primi ravvisarono il reato di *soppressione di stato* anco nel fatto di chi avesse spogliato una donna legittimamente coniugata del suo titolo e condizione di moglie: i secondi no.

In questa divergenza della dottrina è evidente che la legge nostra ha preferito la seconda opinione. Evidente è ciò, ed incontrastabile, perchè tanto nella rubrica quanto nel testo dell'articolo parlasi esclusivamente di *infante*.

Dunque chi per qualsivoglia mezzo di frode procuri spogliare la propria moglie dello stato di moglie facendola passare per concubina non incorre nel titolo di *soppressione di stato*. Dunque l'art. 32 non lo contempla. Dunque sebbene una lite promossa da un marito contro una moglie per nullità del matrimonio sia nello universale linguaggio forense una *questione di stato*, siffatta lite non varrà a sospendere il giudizio penale che propongasi contro quel marito pe accusa di bigamìa. Non lo varrà per l'art. 33 perchè non è lite di *proprietà* o di altri *diritti reali:* non lo varrà per l'art. 32, perchè non è una accusa *per soppressione di stato*, e perchè la *soppressione di stato* non cade che sopra lo *infante*.

Se pertanto una disgraziata donna vittima di un errore dirimente, o maritata inefficacemente o violentemente, abbia proposto contro il suo tiranno regolare dimanda al giudice competente per la nullità del suo matrimonio, e poscia essendo corsa troppo veloce a nuove nozze od avendo avuto conoscenza amorevole col figlio del suo preteso marito, venga accusata per bigamìa, per incesto o per adulterio, inutilmente

invocherà essa la pendenza della lite civile? Inutilmente mostrerà prossima una definitiva sentenza che assoderà la inesistenza giuridica di quel matrimonio che forma la base dell'accusa lanciata contro di lei? Il giudice le risponderà, questa vostra non è questione di stato: o se pure essa è tale non è di quelle questioni di stato alle quali l'art. 32 ha tassativamente limitato la virtù pregiudiciale. Il Pubblico Ministero le butterà in faccia il broccardo *ubi voluit dixit, ubi non dixit noluit;* ed applicandolo all'art. 32 dirà che se nel giure comune ebbero perpetua virtù pregiudiciale le questioni civili vertenti sullo *stato matrimoniale*, il legislatore Italiano volle derogare la vecchia regola e mantenere quella virtù alle sole questioni civili vertenti sullo stato di filiazione. Egli ripeterà che intorno alla pregiudicialità il codice procedurale Italiano è *legislazione completa*, perchè agli art. 32 e 33 ha contemplato tutti i casi nei quali vuole mantenuta la dottrina comune; e che in tutte le altre parti esso vi ha derogato per la espressa sanzione dell'articolo 857 dello stesso codice di procedura Italiano: e siffatta deduzione (persuada o no) non mancherebbe del rispettabile appoggio di autorevoli precedenti della nostra giurisprudenza. Di tal giusa quella infelice dovrà pigliarsi la relegazione per parecchi anni o la carcere, mentre alla dimane quel fantasma di matrimonio sarà distrutto da una rejudicata. Pare essa accettabile questa conseguenza dell'art. 32!

Ma odo rispondermi che tali sconci non avverranno: e non avverranno perchè il giudice sapiente troverà nelle regole di ragion comune il modo facile di prevenirli. Esso ricorderà che fondamento dell'accusa di bigamìa o di adulterio, o di concubinato, è il precedente matrimonio legittimo e valido: che questo estremo si impugna dallo accusato, e che perciò incombe allo accusatore presentarne la prova: che in faccia alla impugnativa, proposta dal reo ed avvalorata dalla pendenza di una lite regolare, lo accusatore non potrà fondare quella prova sullo *stato di fatto,* il quale è controverso: che lo *stato di diritto* (e neppure nei congrui termini lo *stato di fatto*) non può provarlo in faccia al giudice criminale il quale non ha la competenza di conoscerne: che per conseguenza di tali obiezioni sopravverrà all'accusa la ne-

cessità di rimanere sospesa finchè il giudizio civile non abbia o smentita o confermata quella impugnativa. Buonissima tutta questa serie di argomentazioni: ottimamente. Ma io vi aspettava appunto a questa risposta. E replico, che se il giudice sapiente potrà sospendere il giudizio criminale sull'accusa di bigamìa, di adulterio, di incesto, di concubinato, di lenocinio qualificato, ed altre, nelle quali abbia forza pregiudiciale la questione civile, e se questo egli potrà senza trovare un altro art. 32 che gliene conferisca i poteri, è manifesta quanto la luce del giorno la inutilità completa del vostro art. 32. La nullità delle nozze tanto mi libera se io sono accusato di bigamìa o di concubinaggio quanto se io sono accusato di aver denunciato come figlia di incerto padre la creatura che nacque dalla donna la quale asserivasi moglie mia, ma che tale legittimamente non era, come sono per dimostrare nello apposito giudizio civile. Trovatemi se vi riesce una differenziale fra caso e caso: aguzzate l'ingegno vostro per immaginare una ragione plausibile che rendesse necessario dettare un articolo speciale per proteggere la innocenza contro l'accusa di *soppressione di stato* e non fosse necessario dettare consimile articolo per proteggere la innocenza contro l'accusa di *concubinaggio* o di *bigamìa*. Questa ragione di differenziale non è possibile che la troviate: e ciò mi autorizza a dirvi che con quel vostro art. 32 avete peccato inevitabilmente o di *iniquità* o di *superfluità*. Avete peccato di *iniquità*, se il vostro silenzio porta allo effetto che la moglie di un falso marito possa essere condannata a dieci anni di relegazione come bigama o a due anni di carcere come adultera, mentre in faccia alla verità vera essa era nubile quando gettossi in braccio all'amante o al nuovo marito. Avete peccato di *superfluità*, e l'art. 32 fa nel vostro codice nè più nè meno la figura di Pilato nel *Credo* (e peggio ancora perchè può imbrogliare le menti) se senza bisogno di un altro art. 32 il giudice criminale è obbligato a soprassedere per la pendenza della lite civile. Il meno che possa rimproverarvisi è di aver fatto una opera vana generando difficoltà e confusione.

Nè venite a dirmi che l'articolo 32 era necessario provvedimento per riparare al caso di un giudice ignorante

della ragion comune, il quale si negasse alla supersessoria; e per fornire al succombente un mezzo di ottenere la cassazione di quel rigetto. A tale risposta (ove si facesse) due repliche oppongo.

In primo luogo replico che neppur questo siete certi di avere ottenuto, perchè avete usato la formula *non può* senza soggiungere la *pena di nullità*. Laonde se il misero succombente si imbatte in uno di questi giudici di cassazione che si sono persuasi (ed io rispetto la loro religione) di non avere potestà di cassare un atto contrario all'espresso divieto della legge se questa non adoperò la formula sacramentale, *sotto pena di nullità*, egli corre risico di sentirsi dire che fu una *grave irregolarità* il non aspettare l'esito del giudizio civile, ma che non è un mezzo utile di cassazione.

In secondo luogo torno a domandarvi con quale equità questa vostra protezione (da voi creduta necessaria) l'avete accordata all'accusato di *soppressione di stato*, e l'avete trascurata e lasciata in balìa alla eventuale fluttuanza delle opinioni per gli accusati di bigamìa, di adulterio e di altri molti delitti. Ed una seconda volta v'invito a rispondere se potete.

Una ulteriore perplessità incontrasi nell'art. 32 per la parola *infante* adoperata nel medesimo.

Qui in primo luogo sarebbe a cercarsi la genesi di quella parola infante nello art. 32. E il ritrovamento di questa genesi non sarebbe di grande elogio ai nostri legislatori, perchè bisogna confessare che fu effetto di un *equivoco* inqualificabile. Già conosciamo la manìa che domina gli *uomini pratici*, investiti del monopolio di far le leggi penali in Italia: la manìa cioè di copiare e tradurre leggi Francesi. Ed anche qui troviamo che con lo art. 506 del codice Sardo non fecesi che tentare la traduzione dell'art. 345 del codice penale di Francia del 1810. Questo andazzo dolorosissimo ha dato occasione a continui lamenti per parte dei dotti italiani, i quali pensano non aver noi bisogno di certi maestri. Ma almeno si era creduto fin qui che i nostri legiferi traduttori intendessero la lingua del testo che traducevano. L'articolo 506 ci ha disingannati anche su questo punto.

Sappiasi il perchè nell'art. 506 del codice Sardo leggesi

la parola *infante*, che porge occasione alle perplessità delle quali sarò a dire fra poco. Vi si legge (e sfido a negarlo) perchè nel testo Francese che si è voluto tradurre leggesi quella parola *enfant* (*suppression d'un enfant*) e si è creduto che al Francese *enfant* corrispondesse lo *infante* Italiano.

Ma se i nostri codicizzatori avessero conosciuto la Marsigliese avrebbero ricordato che si chiamarono *enfants de la patrie* i vigorosi soldati della Repubblica.

Se avessero consultato i dizionarii di quello idioma avrebbero appreso che *enfant* significa *figlio* o *fanciullo*. E l'articolo 332 dello stesso codice (*enfant au dessous de l'âge de quinze ans*) avrebbe insegnato loro che un giovinetto di 14 anni è un *enfant*.

Se avessero consultato gli altri codici Italiani che presero ad esemplare quello di Francia avrebbero trovato che la parola *enfant* fu tradotta per *fanciullo*. Così anche il codice Parmense dell'anno 1820 (al quale pure fu, non a torto, fatto rimprovero di avere troppo copiato dal codice di Francia) quando l'art. 345 francese convertì tale quale nel suo art. 383 tradusse da capo a fondo la parola *enfant* con la parola *fanciullo*.

Se avessero avuto qualche sentore di altri codici contemporanei, pigliandosi la libertà di uscire dal loro pozzo, avrebbero trovato che il codice Napoletano all'art. 346 — usa la parola *fanciullo:* che il codice di Malta all'art. 204 usa la parola *fanciullo:* che la parola *fanciullo* adopera all'art. 309 il codice Gregoriano: e così tutti gli altri che non ebbero la fortuna di prender lezione dal codice del 1859, che fece suoi tutti gli errori del precedente codice Sardo del 26 ottobre 1839, ove all'art. 548 ebbe la sua prima genesi questa traduzione del codice Francese che cambiò l'*enfant* in *infante*.

E se avessero consultato Dalloz e Ferrariotti avrebbero conosciuto come in Francia sia tranquilla la massima che al delitto di soppressione di stato possa essere soggetto passivo anche un fanciullo di età superiore ai sette anni: ipotesi che sarebbe stata improponibile se lo *enfant* dei Francesi accennasse alla infanzia del giure comune.

Ecco dunque lo perchè troviamo nell'art. 506 la parola *infante*, che ha dato luogo fra gl'interpetri a tante discrepanze.

E dico che vi è discrepanza sullo intendere quella parola dell'art. 506, perchè ho letto non ha guari 189 dissertazioni di giovani candidati ad un concorso, ai quali era toccato per tema il delitto di *soppressione di stato*. Questi giovani studiosissimi erano provenienti da tutte le diverse provincie d'Italia, e naturalmente tutti avevano riprodotto nei loro scritti lo insegnamento ricevuto dai loro rispettivi maestri, tutti per me rispettabili e rispettati. Ebbene? io trovai colà tre diversi sistemi d'interpetrazione di quella parola *infante*. Il maggior numero mi dicevano che lo *infante* dell'art. 506 era lo infante dell'*infanticidio* (bambino nato di fresco). Altri molti mi dicevano che era lo *infante* descritto alla materia delle *tutele* (giovinetto inferiore ai sette anni).

Altri finalmente (di numero minore, ma più svelti nel ragionare) sostenevano che del delitto di *soppressione di stato* poteva essere soggetto passivo in certe condizioni anche un *adulto*, e senza dubbio un fanciullo anche di nove e dieci anni, quando non sia sviluppato abbastanza da poter denunciare e rintracciare e giustificare il suo stato di famiglia. E francamente dirò che nel punto di vista speculativo e scientifico questa opinione sembrami la più vera. Anzi mi permetto di escire dai limiti del mio tema accennando che per opinione mia la maggiore o minore facilità della vittima di ricuperare il suo stato e riconquistarne la prova dovrebbe essere un criterio *misuratore* e non un criterio *essenziale* di questo genere di malefizi. La riparazione procacciatasi dalla sveltezza di un accorto fanciullo potrà far dubitare (dubbio gravissimo ancor questo) che il fatto resti nei limiti di un tentativo, ma per me non varrà ad eliminare la criminosità e la potenzialità dannosa del fatto. E su questo punto non sono pienamente d'accordo neppure col codice Toscano. Ma di ciò non è qui luogo a parlare.

Ma questa terza opinione quantunque razionalmente più vera non è accettabile sotto l'art. 507 del codice Sardo, dove il *fanciullo* si è convertito per tre volte in un *infante*.

Rimangono dunque sole possibili le altre due interpe-

trazioni: la parola *infante* si atteggia alternamente a due distinti significati. Nell' uno indica il *nato di fresco;* ed è il senso nel quale si adopera alla materia dello *infanticidio*, ed il senso nel quale si adoperò dai legislatori Romani e specialmente da Costantino alla materia della esposizione. Nell' altro indica il fanciullo inferiore ai sette anni, *infans a non fando.* Quale sarà di questi due sensi quello che piacerà alla patria giurisprudenza? Ripeto che non assumo in questo lavoro discussioni teoriche. Limitandomi alla critica dell'articolo mi basta notare che in faccia a quel testo può benissimo incontrarsi un Tribunale che dica non concorrere reato di *soppressione di stato* perchè il fanciullo era di età superiore ai tre anni; ed un altro Tribunale che dica concorrere delitto di *soppressione di stato* perchè il fanciullo aveva raggiunto il sesto anno ma non il settimo dell'età sua. E questo è il primo frutto della data definizione, cioè una perplessità. L'altro frutto di quella parola *infante* è una nuova iniquità, perchè lascia impunita la soppressione di stato, l'occultamento, o la sostituzione operata a danno di un fanciullo sordo-muto o demente perchè era dell'età di dieci anni o di dodici.

Ovunque si porti lo sguardo sui codici contemporanei si dovranno spesso lamentare i pericoli del troppo voler definire; mai quelli dello aver definito poco: e sempre si dovranno lamentare i danni dello aver voluto definire con referenza ad una materialità procustiana anzichè definire con referenza alla idea ed al concetto giuridico.

OSSERVAZIONE XIV.

Si dimostra peccare contro la buona giustizia il legislatore penale che nel dettare gli indispensabili provvedimenti da usarsi contro i rei contumaci, si lascia andare alla signoria del vecchio odio contro la contumacia, fino al punto di condurre a pericoli la innocenza.

---

§ 1. — Contumaci e difesa.

Sarà egli vero che nell'Italia risorta abbia tuttora rispetto il principio che la contumacia è un delitto? Sarà egli vero che questo delitto della contumacia incorra una pena gravissima ed *inevitabile?* Sarà egli vero che questa pena contro i contumaci consista nello spogliarli del sacro diritto di difesa in quel momento ed in quella fase dove è più legittima e più interessante la difesa di un inquisito?

Sembra impossibile, ma pure è così. Nulla di tanto bello e giusto ed umano quanto l'art. 543 nel suo primo paragrafo che è la copia letterale dell'art. 529 del codice 20 novembre 1859 — ivi — *il condannato in contumacia ad una pena criminale in qualunque tempo si presenti volontariamente, o si costituisca in carcere, o pervenga in potere della giustizia prima che la pena sia prescritta, sarà sentito nel merito della causa ed* AMMESSO A FARE LE SUE DIFESE, *come se non fosse stato contumace.*

Che si brama egli di più oltre ciò che concede l'ultima linea di questa disposizione? Il contumace che naturalmente non poteva essere ammesso a difendersi finchè era ribelle

ai comandi del giudice, rientra nella libera e completa pienezza del sacro esercizio della difesa tostochè egli si consegni alle carceri, o venga arrestato. Tale è il naturale concetto di quella disposizione.

Ma ahimè! Affrettiamoci a bevere anche una volta alla coppa amara del disinganno. Anche qui s'incontra una delle solite e perenni ipocrisie del rito penale imposto all'Italia. Anche qui la legge dà con una mano e poi strappa con l'altra. Anche qui alle pompose e liberali parole tengono dietro tiranniche disposizioni.

Ecco come prosegue l'art. 543 continuando la copia del vecchio articolo 529 — ivi — *la sentenza di rinvio e l'atto di accusa, conserveranno però tutto il loro effetto.* Ecco la mistificazione. *In cauda venenum.* La legge liberale generosa e benigna proclama che al contumace quando venga a costituirsi appartiene il libero diritto di *difesa:* lo proclama con termini che davvero non farebbero presentire un subitaneo recesso. Ma il recesso vi è; e fatale; e terribile; e fecondo d'intollerabili conseguenze.

Il contumace che si presenta deve essere (dice la legge) SENTITO: e qui lascio andare il modo col quale vidi interpetrarsi quella parola *sentito* da alcuni giudici istruttori, i quali credono di avere adempito a questo precetto con lo interrogare il costituito sul suo *nome* e *cognome*, e *qualità personali*, per identificarne la persona; senza niente occuparsi delle contestazioni relative al delitto. Ciò che si fa da taluno non è sempre conforme alla legge. Bisogna proprio avere il cervello nella schiena per pensare che quando la legge ha dettato un precetto onde l'accusato fosse *sentito* non ha potuto volere soltanto che gli si chiedesse il riverito suo nome. La legge disse abbastanza quando ordinò si *sentisse sul merito della causa.* Con questa sola frase ella aveva dischiuso tutto il vecchio processo agli occhi dello inquisito. La filosofia della legge suggerisce a chiunque non sia digiuno di ogni filosofia, che si vuole *sentire* il detenuto onde contestargli il delitto; onde sapere se nega o confessa la propria colpevolezza; onde conoscere quali sono le ragioni che allega contro l'accusa; i documenti e i mezzi della sua giustificazione.

E se tale è lo scopo pel quale la legge vuole che sia *sentito* lo accusato, la logica porta necessariamente a concludere che quella udizione deve essersi voluta per un *effetto,* onde non volgere contro la legge il rimprovero di avere voluto cosa inutile e inoperosa.

E se deve ritenersi che la legge abbia in vista un *effetto,* quando impone che il giudicabile sia sentito, tale effetto non può essere altro che quello di *tener dietro* a quanto dirà il giudicabile: e tenergli dietro per indagare se egli abbia *buone ragioni,* se l'accusa abbia posto il piede in fallo, se abbia bisogno di armi ulteriori, o se abbia prudentemente a ritirarsi, o a mutare il terreno della battaglia.

Tutto questo, alla fe' di Dio! lo dice il senso comune: e tutto questo era un contenuto della prima parte dell'art. 543, dove coerentemente ai principii di umanità e di ragione, e in adesione alle pratiche di tutti gli odierni popoli semi-culti, si ordinava che il contumace appena fosse venuto in mano della giustizia dovesse essere SENTITO NEL MERITO DELLA CAUSA, ed essere ammesso a fare le *sue difese* COME SE NON FOSSE STATO CONTUMACE.

Il concetto era chiaro ed era bello, ma ci fu fatta la coda, e fu proprio profeta l'antico vate quando indovinò che tutte le code fossero velenose: *in cauda venenum.* Questa più specialmente arieggia alla coda di Minosse che coi suoi giri designa, *quantunque volte vuol che giù sia messo.* E infatti per mera virtù di lei un innocente, caduto in sospetto durante la sua lontananza, invano corre al suo giudice a presentargli documenti e prove di non colpevolezza. Ei gli risponde: ormai il decreto d'invio è un fatto compiuto; serba la tua innocenza al futuro dibattimento. Ma intanto vai nella prigione per sei od otto mesi perchè la coda di Minosse ha fatto il suo giro.

Basta il senso comune a mostrare che le due parti di quell'articolo uscirono da due mani diverse; tanto è l'antagonismo che intercede fra la nobile larghezza della prima parte, e la strettezza insidiosa e tirannica della seconda. Ma come avvenne ciò? Io ne dirò le mie congetture, perchè di questi giri ne ho troppo per mio dolore imparato. È la storia penosa di tutte le odierne leggi italiane. All'occasione di fare

una nuova legge penale si chiamano a comporne il progetto uomini liberali, uomini di cuore, uomini che si sono accorti non essere più i tempi di Mazarino e di Richelieu. Il progetto è fatto: si acclama dal pubblico: e si spera che avremo una volta una buona legge. Ma ecco si fanno innanzi gli aristarchi, i quali farisaicamente lodando il progetto osservano mancare alquanto dal *lato pratico,* ed avere bisogno di *complemento*, e con belle parole spingono il progetto sotto la ferula degli *uomini pratici*. Ma degli *uomini pratici* ve ne ha di parecchie sorta e di parecchie genìe. Ve ne ha di quelli che sono avvezzi a temperare con la equità il rigore di una legge penale, e ve ne ha di quelli che si tengono a gloria di *filare una corda* all'uso di Piacenza: ve ne ha di quelli i quali fermamente credono che l'accusa possa sbagliare, e ve ne ha di quelli che vorrebbero si leggesse sull'architrave del tempio della giustizia la sentenza di Dante *Lasciate ogni speranza o voi che entrate;* e che non arrossiscono a pronunziare la brutale eresia che ogni sentenza assolutoria è uno scandalo. E mala sorte dà prevalenza in questo maneggio di cesoie ai secondi.

Costoro si trovano a fronte nel nuovo progetto quei principii di giure penale moderno che a loro pungono i nervi come la vista di un serpe. Cancellarli di tratto rinnegandoli francamente nol possono, perchè loro manca il coraggio; troppo sono Farisei. Ma essi vincono il diavolo nella destrezza, e trovano modo di cangiar faccia al progetto senza parere retrivi.

Ora si fanno liberalissimi e gridano più alto di noi, che le sono verità incontrastabili e sante, cose a tutti notissime. Ma recano innanzi il luogo comune della inutilità; dicendo che appunto perchè le sono cose che ormai tutti sanno è superfluo che se ne faccia proclamatrice la legge. Così giungono a cancellare il nuovo articolo cantandogli un'osanna di gloria, alla guisa dei Sacerdoti pagani che immolavano le vittime coronate di fiori e inebriate di soavi profumi. Ma si preparano poi a dare a credere ai gonzi nel corso del tempo che quell'articolo fu cancellato dalla nuova legge perchè non si volle accettare il principio.

Altra volta non osano correre questa via, ed allora pigliano

il rimedio delle code, ed operano precisamente il miracolo che fece l'Eterno quando agli angeli ribelli fece spuntare la coda come emblema della loro malignità, per designarne la natura totalmente cangiata.

Eccoci all'art. 543, riproduzione sincera del vecchio art. 529. E la indole di questo scritto mi impone di fermarmi su quell'articolo: che se io fossi provocato a comporre più in largo la storia di questi processi legislativi ne avrei materia di parecchi volumi.

Non si osò cancellare l'art. 543 che in termini apodittici guarentiva al contumace costituito il diritto DI ESSERE AMMESSO ALLA DIFESA COME SE NON FOSSE STATO CONTUMACE. Non si osò cancellare il precetto che dovesse *procedersi contro di lui nella forma ordinaria.* Ma rispettando quelle salutari disposizioni vi si aggiunse una *piccolissima dichiarazione* la quale andò recisamente a dimidiare il sacro diritto della difesa. *La sentenza di rinvio* (fu soggiunto) *conserverà però tutto il suo effetto.* E fatta questa piccola aggiunta si stropicciarono lietamente le mani dicendo a sè stessi, di questo scandalo della difesa, del quale per tre secoli seppe fare a meno la Francia Reale, è ferito nel cuore il primo suo corso. Il resto verrà poi.

Ma non è egli un vero assurdo, un paradosso giuridico, lo ammettere che *faccia uno stato qualunque* una sentenza *incompleta?* Si riconosce che il processo fatto in contumacia del reo è *incompleto* perchè vi manca la parte più essenziale, vale a dire le deduzioni dello stesso reo; si riconosce che una sentenza nata in base ad un processo *incompleto* non può essere che incompleta pur essa. Ma intanto la si corona dell'aureola della *irretrattabilità! Irretrattabilità* e sentenza *incompleta, irretrattabilità* in una sentenza che nacque *inaudita parte!* Era egli riserbato all'Italia risorta di proclamare simili assurdità e simili controsensi?

E che forse non vi può egli essere utilità grandissima a rivedere quella sentenza d'invio quando l'accusato ha dato la sua prima risposta all'accusa, e quando si è saputo se egli nega o confessa, e quali sono le ragioni, quali le modificazioni che esso oppone al concetto dello accusatore? Questa utilità è incontrastabile. Certamente se voi credete

che la utilità della giustizia consista nel mandare a sentenza più cittadini che si può, a diritto e a traverso, purchè si faccia un grosso numero di giudizi, io vi dirò pace e gioja sia con voi, ma con voi non sono io. Ma se invece la utilità della giustizia trovasi in questo che la rispettabile Diva non muova passi arrisicati, e soggiaccia il meno possibile a solenni smentite, tale utilità dovrà trovarsi nel circondare ogni suo movimento di cautele e di forme che diano agio alla prudenza dei Magistrati di tutto calcolare e di tutto prevedere quanto è umanamente possibile. La utilità di questo procedimento io la toccai con mano sotto le pratiche Toscane che ci governarono fino al 1866; io la toccai con mano anche sotto le pratiche del già Ducato Lucchese, dove pugnai nei primi sedici anni del mio apostolato contro l'accusa sotto il governo delle antiche leggi penali di Francia: e potei persuadermi per ripetute prove che la vera utilità della giustizia trovasi nel procacciare che ella proceda con la più ampia cognizione di causa. Io potrei ricordarne innumerevoli esempi: ne citerò uno solo che adesso mi corre al pensiero. Francesco Torre di Antraccoli era stato dalla Rota Criminale Lucchese condannato alla pena di morte come colpevole di un omicidio mancato a danno di Lorenzo Garbocci. Indeclinabile era il titolo di omicidio mancato per quelle tre palle che Lorenzo Garbocci (tuttora miracolosamente fra i vivi) porta tranquillamente nella sua cavità toracica: inevitabile era la pena di morte se fosse stato colpevole, perchè fra noi perdurava l'art. 2 del Codice di Francia che punisce il tentativo alla pari del consumato delitto; mentre fra noi non era stata accettata la legge del 1832 che concede il benefizio delle attenuanti anche ai colpevoli di reati di alto criminale. Egli dunque non aveva speranza di salvare la testa tranne col chiarirsi innocente. Pure ebbe il coraggio di costituirsi prigione dopo avermi incaricato del suo patrocinio. Ma quella difesa fu per me un fiore non sbocciato, perchè il pubblico Ministero conosciute le deduzioni del Torre e fatte consecutive verificazioni dovette accorgersi che l'accusa aveva sbagliato; richiese alla Camera delle Accuse si emettesse un secondo decreto di non luogo a procedere: e così fu eseguito. Ora meditiamo un istante

su questo fatto, come faremmo sovra altre centinaia consimili che potrei ricordare. La pubblica giustizia era predestinata in quel caso, come lo è in parecchi altri, a subire una sconfitta, perchè era volontà Suprema che l'autore di quel malefizio rimanesse occulto ed ignoto. Ma poichè tali erano i destini della giustizia, ossia della così detta vendetta sociale, tutta la questione si riduce a vedere se ne ridondi minore scorno e discredito alla giustizia da una sconfitta consumata nel segreto della Camera di Consiglio; o da una sconfitta circondata da tutto lo splendore di un pubblico dibattimento, dallo strepito delle difese, e dal gridìo della piazza. Si guardi l'alternativa sotto questo punto di vista, e la questione non è più questione.

E questa prima osservazione contempla il problema sotto il solo punto di vista dell'utile della giustizia, che è punto supremo. Lascio andare tutti i mali accessorii, le spese moltiplicate, lo spreco di tempo dei Magistrati, la baldanza che si accresce nei difensori per un solenne trionfo. Tutto questo sia nulla per voi.

Sia pur nulla quello che è moltissimo per noi, vale a dire il pericolo di sottoporre a parecchi mesi di prigionia, al dispendio di una difesa, allo scorno di un pubblico dibattimento un cittadino che ha in sua mano il mezzo prontissimo e certo di chiarirsi innocente o di mostrare che il suo reato è di minore gravità e appartiene alla competenza dei Tribunali inferiori. Tutto questo macello delle molestie e delle carcerazioni preventive moltiplicate e prolungate a dismisura sia niente per voi, perchè agli occhi vostri il fine santifica il mezzo. Io parlo soltanto nel punto di vista dell'utile della giustizia. Questo fine, a raggiungere il quale non risparmiate sacrifizi di libertà umana, il fine di tener alta e venerata la spada della giustizia, ossia (come oggi è venuto in uso di dire) di *conservare il principio di autorità*, lo raggiungete voi con usare tutti i mezzi per ispingere in Corte di Assise processi monchi, processi incompleti, processi coacervati di bolle di sapone? Voi fate la parte favorevole ai difensori preparando a loro guadagni e trionfi, ma non fate buon servigio alla giustizia mostrando così spesso al pubblico che si accusa per la manìa di accusare e per la funesta dottrina della *speranza*.

La dottrina della *speranza?* Io la udii troppe volte ripetere questa dottrina brutale. In processo vi è poco: ma *può darsi* che al pubblico dibattimento sorga qualche nuovo indizio. Si spera sulla inesperienza del difensore; si spera sulla facondia dell'oratore della legge; si spera sull'ossequio dei giurati; si spera sulle antipatie che l'atrocità del delitto, o la faccia esosa e i modi rozzi dell'accusato o i sospetti suoi antecedenti possono eccitare nell'animo dei giurati. Si spera in una parola sul favore della sorte. Ma la giustizia deve procedere lentamente sulle orme di calcoli ragionati e non gettandosi dietro ai fantasmi delle speranze. Così ne avviene che certi pubblici Ministeri i quali dopo avere esercitata l'azione penale hanno fatto anche il processo e poscia sostengono tenacemente il parto delle loro idee preconcette, si adirano contro le Camere d'invio se guardato con occhio freddo il processo lo dichiarano vuoto. E gridano, e se ne appellano, e non hanno pace finchè non abbiano strappato un decreto d'invio. Ma quale è la ultima scena di questo dramma doloroso? L'assoluzione talvolta di sette imputati dopo due anni d'ingiusta carcerazione, ed una più larga ferita recata alla pubblica giustizia da quelle stesse mani che dovrebbero adoperarsi a mantenere alta nel popolo la fede nella sua infallibilità. E poi si declama a certe occasioni contro le troppe assoluzioni dei giurati! Oh! bisogna pure che io la ripeta una parola, per quanto a taluno possa apparire pesante, e per quanto già da me detta altre volte. Pria di gridare contro le assoluzioni dei giurati si dovrebbero sindacare i decreti d'invio, per giudicare imparzialmente se veramente quelle assoluzioni siano un male o piuttosto un bene ed una necessità per riparare agl'invii precipitati. Si dovrebbero indagare le *vere cause* di questi invii: velo che io non voglio sollevare.

E qui nell'art. 543 si mantengono gl'invii fatti sopra un processo *incompleto!* Si mantengono i decreti dei Magistrati mentre le carte del processo sono cambiate; e mentre in molti casi li stessi Magistrati, lette che avessero le deduzioni del giudicabile, si affretterebbero a revocare essi medesimi quei decreti! E non è questa una irriverenza anche verso li stessi Magistrati di volerli rendere responsabili in faccia

al collegio della giurìa di ciò che avvenne posteriormente al decreto loro? E non è questo un tranello che si tende ai giurati quando si offre alle loro inesperte coscienze l'autorità riverita di quei Magistrati, i quali probabilmente dopo la costituzione dello inquisito avrebbero emesso un giudizio tutto difforme! Si mantengono gl'invii (stranissima contradizione) quando alle sentenze che li decretarono è forse mancata la *causa principale* di decretarli.

Non si è voluto vedere neppur questa cosa che è tanto semplice e intuitiva. Si è dimenticato ciò che tutti sanno, vale a dire che la *latitanza* del reo è in un processo criminale gravissimo *indizio* contro di lui. Non si è voluto avvertire che quando quei giudici fecero la somma degl'indizii per decretare lo invio ebbe in quella somma la sua cifra (e non infima cifra) anche la contumacia dello inquisito. Non si è voluto avvertire che questo indizio era cancellato per la spontanea dedizione dell'inquisito in mano della giustizia. Perchè i Magistrati dissero un giorno che quattro e quattro faceva otto si viene oggi a dire con tutta disinvoltura che quattro e tre fanno otto. Io lodo i Magistrati che largheggiano nello inviare a giudizio i contumaci per veduta di pubblica sicurezza, e per invitare costoro all'obbedienza della giustizia. Ma quando la contumacia è divenuta lettera morta io non lodo nè mai loderò il rispetto e la efficacia giuridica in che si volle tenere il decreto contumaciale, perchè indubitatamente falsa la equazione sulla quale si costruì quel rispetto: *quattro più tre uguale a quattro più quattro.*

L'argomento offrirebbe larga serie di ulteriori considerazioni, ma lo svolgerle soverchierebbe i limiti assegnati a questo scritto.

Soltanto a corona delle mie censure sull'articolo 543, ed a più sensibile riprova dei pericoli da me denunciati, piacemi qui ricordare un fatto doloroso testè avvenuto avanti la Corte d'Assisie di Macerata comunicatomi dal mio egregio amico e collega Avv. Pietro Pellegrini, già discepolo e poscia degno successore dello illustre Cav. Giuseppe Giuliani nella Cattedra di giure penale alla Università di Macerata. La narrazione di questo pauroso episodio la ebbi dallo amico

nella sua lettera del 27 febbraio 1873, il brano della quale (con licenza di lui) qui testualmente trascrivo: — *Sante Brasca era renitente e fuggiasco fino dal* 1861. *Il giorno* 10 *gennaio* 1865 *un tale Martoglio, Brigadiere dei Carabinieri della stazione di Monte Lapone, andando in perlustrazione incontrò ed inseguì alcuni individui che giudicò renitenti. Mentre colluttava con uno di quei giovani fu gravemente ferito da un altro che a lui parve essere Sante Brasca; e sotto questo nome denunciò il feritore nel suo primo rapporto, che poi servì di base al processo. Rimase il Martoglio in pericolo di vita per quasi tre settimane, ma poi migliorò, e sotto una lunga cura guarì. Nella sua convalescenza esaminò nei suoi registri minutamente i connotati dei renitenti. Ed allora si avvide di avere equivocato: e che il suo feritore non era Sante Brasca ma un altro. Dovere di coscienza spinse immediatamente quel degno ufficiale ad emettere un secondo rapporto diretto al Pretore di Potenza Picena: e copia conforme del rapporto medesimo trasmise al comando di Macerata: ed in questo rapporto manifestava in termini positivi lo equivoco da lui incorso. Ma questo secondo rapporto non venne inserito nel processo che allora stava compilando quel Pretore. Così il processo di mancato assassinio si chiuse allo indirizzo di Sante Brasca che fu giudicato in contumacia, e condannato. Il Brasca stanco della vita del fuggiasco, e conscio della sua innocenza si costituì spontaneo il* 6 *novembre* 1872, *e sebbene protestasse di essere innocente, e che il* 10 *gennaio* 1865 *era lontano molte miglia dal luogo del delitto fu portato al dibattimento in Corte di Assise alla udienza del giorno* 13 *febbraio* 1873. *A questa udienza alle giustificazioni dirette della propria innocenza che potè dare il Brasca, si aggiunsero le solenni dichiarazioni del Brigadiere Martoglio che assicurò essere stato ferito da tutt'altra persona che il Brasca, ricordando i due rapporti di rettificazione da lui trasmessi alla Pretura ed al comando: ed aggiungendo ancora la indicazione degli speciali connotati delle due persone, pei quali era certo della innocenza del Brasca. Questo disgraziato ebbe dai Giurati la dichiarazione di non colpevolezza, e riacquistò la sua libertà. Queste cose non dovrebbero accadere.*

Sì (ripeto io pure col mio dotto amico) sì, queste cose non dovrebbero accadere; e quando accadono fanno terrore, e fanno venir voglia di domandare se al fine dell'anno sia maggiore la somma dei diritti violati, o la somma dei diritti difesi dalla giustizia penale.

Ma io non mi accuoro per lo inesplicabile smarrimento, che si fa da un ufficiale pubblico o da un inquisitore, di documenti interessantissimi quando interessano alla salvezza degli innocenti. Questi sono vizi di *uomini* e non di *leggi*. Sono eventualità umane, alle quali dobbiamo pur troppo rassegnarci su questa terra, dove la giustizia si amministra dagli uomini, e dove quanto più si complicano le ruote amministrative per ottenere diligenza tanto più si fanno nascere occasioni di negligenza. Di questo io non mi accuoro.

Mi accuoro bensì delle leggi irragionevoli e disumane che simulando apparenza di umanità e di giustizia conculcano i più sacri diritti della difesa; e come tale ho denunciato in questo scritto l'art. 543 del nostro codice di procedura.

Ed ecco come conclude quella sua lettera il moderatissimo ma sapiente professore che ho citato. *Se si fossero prescritte cautele per assicurarsi della identità dello incolpato, Brasca non sarebbe stato trascinato alle Assise, nè per il caso di morte del ferito avrebbe corso pericolo di essere condannato ad una gravissima pena quantunque innocente.*

Dite benissimo, amico mio: queste cautele dovrebbero essere prescritte dalla legge, e dovrebbero essere osservate dagli inquisitori ancorchè non le imponesse la legge. Ma come volete che provvegga a siffatte cautele il nostro codice che attribuisce forza di *rejudicata* (quanto allo invio alle Assise) ad un decreto *contumaciale*, emanato spesso sopra pallidi sospetti avvalorati soltanto dalla fuga meticolosa dello innocente? Come volete che supplisca a quelle cautele il povero giudice istruttore (per quanto coscienzioso e di buona scuola) se la legge gli fa divieto di riaprire il processo dopo la sentenza contumaciale perchè l'atto di accusa è una rocca inespugnabile? Quando a voi giudice istruttore io (dopo l'accusa in contumacia) deducessi che ho

in pronto i dodici Apostoli i quali possono attestare che il giorno del delitto ero a Gerusalemme con loro, bisognerebbe che voi medesimo vi stringeste nelle spalle, e compiangendomi replicaste, portate i vostri dodici Apostoli alla Corte di Assise, e frattanto gemete nel carcere. E dove io soggiungessi — *ma se nell'intervallo i miei dodici apostoli muoiono*, cosa rispondereste? Dovreste rispondere: sarai condannato innocente: tale è il voto dell'articolo 543: articolo utilissimo per gli Avvocati, e per i veri colpevoli che meglio preparano i loro artifizi, ma micidiale per la innocenza. Tale è la giustizia punitiva in Italia dopo il codice del 1865.

§ 2. — Contumaci e presenti.

Per l'art. 534 del nostro codice di procedura penale è indubitato che la *contumacia* di uno degli accusati non trattiene il giudizio contro gli altri accusati *presenti*.

Quando pertanto si verifica il caso (assai frequente nella pratica) che dei più accusati ve ne sia dei presenti e ve ne sia dei contumaci, hanno luogo per necessità due distinti giudizi; distinti per le *forme*, distinti per gli *effetti*.

Ha luogo il giudizio contro i *presenti* con intervento della giurìa e con tutto il rito del processo *orale*.

Ha luogo il giudizio contro i *contumaci*, senza giurati, e sulla unica base del processo scritto.

Questa coincidenza di due giudizi sul medesimo fatto può ella dare occasione ad imbarazzi e difficoltà? Nessuna difficoltà e nessuno imbarazzo quando si immagina il caso che la occasione di pronunciare contro il *contumace* un giudizio difforme da quello che è stato pronunciato contro i *presenti* nasca dalla accidentalità che gli accusati *contumaci e presenti* versino rispettivamente in circostanze *personali difformi*.

Per esempio, fra i due correi di un omicidio il processo orale ha chiarito che l'accusato *presente* agì per moto im-

provviso di animo; e il verdetto è stato coerente a questo concetto. Ma a carico del contumace la scritta procedura offre i più serii documenti che mostrano aver egli agito con la più fredda premeditazione. Ebbene: nessuna difficoltà che quantunque i giurati abbiano rispetto ai presenti negato la premeditazione la Corte possa liberamente dichiararne il concorso a carico del contumace e condannarlo anche alla pena di morte. Questo esempio si riproduce in tutte le ipotesi di circostanze *personali* che aumentano o modificano la imputazione; e che tutte e sempre devono essere chiarite ed assodate con indagini speciali rispetto a ciascuno individuo; perchè sebbene possano *comunicarsi* (data la scienza) da accusato ad accusato le circostanze *materiali*, è certo ormai per le migliori dottrine che non sono *comunicabili* le circostanze *personali*; e più specialmente non sono comunicabili i *gradi del dolo*, il quale nei parecchi partecipanti allo stesso delitto può presentare fasi e forme essenzialmente diverse.

Ma un certo imbarazzo ed una certa difficoltà può sorgere in faccia alle circostanze *materiali* di un reato, ed in faccia a quelle circostanze che determinano la *essenza di fatto* ed il *titolo* del malefizio.

Intorno a queste (data la scienza reciproca) è per sommo principio repugnante che fra più compartecipi di un delitto si ravvisino differenze circa la responsabilità delle circostanze *materiali* conosciute ed accettate anche da coloro che non ne furono gli esecutori: è repugnante che ad un fatto perfettamente *identico* si attribuiscano (salvo i casi di scusa) in due sentenze due titoli difformi di malefizio.

Per esempio. Falsificato un documento repugna il vedere che i giurati nel loro verdetto abbiano dichiarato trattarsi di documento *privato*; e che poi la Corte a danno del contumace dichiari trattarsi di documento *pubblico*. Altro esempio: condotto a morte un uomo repugna che i giurati rispondano essere stata *causa della morte* soltanto quella ferita: e la Corte dichiari che la morte avvenne per altra causa accidentale tutta indipendente dalla ferita. Altro esempio: repugna che rubato un oriuolo i giurati dichiarino contro l'accusato presente che quell'oriuolo aveva un va-

lore inferiore alle cento lire; e poi la Corte giudicando il contumace pronunzi che quello stesso oriuolo aveva un valore che superava di assai le lire cento. Lo stesso può ripetersi in altri moltissimi casi.

Ora meditando su tali contingenze io ho spinto il guardo nel segreto delle Camere di Consiglio: e se sono stato troppo audace me lo perdonino i Magistrati. Io ho scorto in quelle contingenze un problema, che può talvolta svolgersi in un interesse capitale. Ed il problema io lo formulo così.

I Magistrati della Corte di Assise che vanno a render giustizia contro i contumaci sono essi *legati* o *giuridicamente* o *moralmente* dal pronunciato della giurìa il quale affermò od escluse le circostanze qualificanti od il titolo più grave di malefizio?

Chi guardi al risultamento di quel conflitto in faccia alla pubblica opinione potrà forse esitare nella soluzione di tale problema. È un vero scandalo (si dirà) che sullo stesso processo si condanni, a modo di esempio, il principale delinquente (non favorito da scuse personali) alla carcere, mentre forse il mero ausiliatore è condannato alla casa di forza. E lo scandalo è incontrastabile: e grandemente se ne troverà affievolita la fede popolare nella pubblica giustizia.

Ma non vi è scandalo che tanto abbia di forza da dare sanzione ad una iniquità, od *imporre* ad un giudice di *decidere contro la propria coscienza.*

La teorica della reiudicata io non credo che possa trovare applicazione conveniente quando voglia adattarsi ad un conflitto di convinzioni od opinioni insorte fra i giurati che sentenziano l'accusato presente, ed i giudici che sentenziano l'accusato contumace. Il dogma della *indipendenza* dei giudici criminali io lo tengo come apodittico ed illimitato: perchè la reiudicata è infine dei conti una *finzione* di legge, e troppo è crudele che un cittadino si condanni alla morte od alla galera per una *finzione di legge.*

Io non credo neppure che si debba distinguere fra il caso in cui la Corte si trovi condotta ad una opinione più *severa*; ed il caso in cui si trovi condotta ad una opinione più *mite.* Qui a parer mio non è questione di prevalenza del principio più mite. È questione d'*indipendenza* dei Magistrati: è quistione di libertà della loro coscienza.

Se recherà senza dubbio un dolore gravissimo nella pubblica opinione ed una grave ferita alla reverenza verso la giustizia il vedere che i Magistrati credettero giusto di punire forse con poca carcere il contumace autore principale del malefizio, mentre testè si erano uditi i giurati condannare il complice di quello forse a venti anni di galera, è questo un inconveniente al quale bisogna chinare la fronte.

La Corte di Assise nei giudizi contro i *presenti* giudica del solo *diritto:* nel fatto essa non può emanare giudizio. Ma quando giudica i contumaci la Corte ha piena e libera cognizione così del *fatto* come del *diritto.* Le due giurisdizioni sono essenzialmente diverse; e questo fa sì che anche quella contradizione impallidisca e si attenui.

Abbiano dunque nei giudizi contumaciali i giudici della Corte il coraggio della loro coscienza, e si sbriglino dalle pastoie dei rispetti umani e di una meticolosità perigliosa. Se nella convinzione o nella sapienza loro essi trovano che i giurati contro gli accusati *presenti* abbiano commesso una ingiustizia a danno della società o a danno del giudicabile non si lascino imporre dalla autorità del verdetto. Questo era dogma per loro finchè giudicando i *presenti* la legge a loro vietava qualunque emenda o correzione sul fatto. Ma il verdetto non ha più esistenza giuridica per loro quando passano a conoscere le colpe dei contumaci: perchè in ordine a questi essi sono giudici sovrani ed indipendenti così nel *fatto* come nel *diritto.* Io non credo che questa conclusione possa incontrare serie obiezioni.

Ma un altro dubbio singolare fa sorgere nell'animo mio la disposizione dell'art. 543 del codice di procedura penale.

Prestabilito (come ho detto testè) che la Corte chiamata a deliberare sulla condanna di un *contumace* non sia niente legata dal verdetto emesso dalla giurìa nella medesima causa contro un accusato *presente*; a molto maggior ragione bisogna ammettere che la Corte decidente non sia niente legata neppure dal *decreto d'invio.* Per quanto la contumacia del reo apra anche oggi una strada alquanto più facile alla sua condanna, i nostri Magistrati ricordano però sempre che la teorica della *confessione finta* è ormai anatemizzata dalla

civiltà odierna; e che anche il reo contumace deve trovare il primo suo difensore nel proprio giudice, l'ufficio del quale non è quello soltanto di condannare, ma quello più nobile e santo di amministrare imparziale giustizia.

Può dunque avvenire che mentre la camera d'invio ritenne contro il contumace il più grave titolo di reato, la Camera decidente ritenga un titolo meno grave. Per esempio la Camera d'invio può avere ritenuto l'assassinio e inviato per questo titolo. Ma la camera decidente può trovar giusto di escludere la premeditazione e preferire condanna di galera anzichè condanna di morte. Non solo ciò *può* avvenire, ma *deve* anzi avvenire, poichè altro è decretare un invio che annunzia soli sospetti; altro è proferire una condanna che può passare alla posterità eventualmente irretrattata. *Deve* avvenire: ed anzi quanto più spesso avverrà, tanto più tornerà ciò ad elogio dei Magistrati ed onoranza della giustizia.

Or bene io ritorno sull'art. 543, che formò altra volta oggetto di amarissime censure per parte mia. Quando il contumace venga a costituirsi, la sentenza contumaciale per la disposizione di quell'articolo cade, ed è ridotta a niente: ma per lo stesso articolo *resta fermo il decreto d'invio.*

Suppongasi dunque uno dei casi che ho testè configurato. Il decreto di accusa inviava per assassinio: pena di morte. Ma la Camera decidente malgrado la contumacia trovò insussistente la premeditazione ed intuitiva la causa improvvisa di uccidere, e ne escluse il più grave titolo irrogando soltanto la galera.

Ecco il contumace che si costituisce. Egli è ormai tranquillo per la sentenza contumaciale che la sua testa non corre pericolo. Confida il resto alle sorti della difesa e fiducioso si restituisce alla patria e si consegna in mano della giustizia.

Ma alla dimane egli viene a sapere che l'art. 543 gli ha fatto il regalo di annullare la sentenza contumaciale considerandola come non avvenuta; ma ha però tenuto fermo il decreto d'invio, quantunque in certo modo fosse stato revocato e corretto dalla sentenza contumaciale.

Ed ecco che egli si trova in pericolo di testa mercè la protezione largitagli dall'art. 543.

Non avvi possibilità per il Presidente di evitare di porre ai giurati la questione sulla premeditazione, perchè il suo testo è il decreto d'invio.

Non avvi autorità che vieti ai giurati di rispondere affermativamente a tale questione.

Non avvi legge che accordi balìa alla Corte di Assise di pronunziare altra pena tranne l'ultimo supplizio.

E tutto questo contro il voto solenne dei Magistrati i quali ritennero in contumacia ingiusto applicare la pena di morte.

E tutto questo si rende possibile per virtù di una disposizione alla quale si è voluto dare il colore di legge benefica, favorevole ai contumaci, e salvaguardia dei dritti della difesa!

OSSERVAZIONE XV.

Si dimostra che ogni qualvolta la quantità di un reato dipenda dal *valore* di certi oggetti, o la sua quantità dipenda dalla loro *natura*, è utile che il legislatore si ponga al livello dei movimenti commerciali ed industriali del suo paese, eliminando con parola positiva le difficoltà che possono sorgere da quei movimenti.

---

§ 1 — Furto, valore, aggio.

Il codice Sardo all'art. 606 così dispone — ivi — *Il furto è qualificato per* il valore *della cosa rubata quando questa ecceda il valore di lire cinquecento; ed è punito con la reclusione.*

Pongasi che nel 1870 Pietro e Luigi abbiano commesso separatamente due furti. Pietro ha rubato venticinque napoleoni d'oro da venti franchi. Luigi ha rubato un portafoglio con entro un foglio da cinquecento franchi ed un foglio da un franco.

L'accusa sostiene contro Pietro che è responsabile di un furto qualificato, perchè atteso l'aggio quei venticinque napoleoni avevano un valore *corrente* di lire cinquecentoventicinque in argento.

La difesa sostiene per Luigi che egli non è debitore di furto qualificato perchè i due fogli da lui rubati rappresentavano un valore effettivo inferiore a cinquecento lire in argento.

Le due questioni risalgono ad un problema identico. Ed è questo. Nella valutazione del valore del tolto come criterio

misuratore del furto deve o no tenersi conto dell'*aggio* prodotto sulla moneta metallica dal concorso della moneta cartacea? In altri termini, il valore del tolto si misura egli sul valore *nominale*, o sul valore *corrente?* Se sul valore nominale Pietro è debitore di furto semplice quantunque con quei venticinque napoleoni abbia potuto pagare un suo debito di lire cinquecentoventicinque; e Luigi è debitore di furto qualificato quantunque col tolto non abbia potuto procacciarsi cinquecento lire in argento.

Se invece si calcola sul valore corrente si rovescierà la condizione dei due giudicabili. Pietro risponderà di furto qualificato e Luigi di furto semplice.

Tale questione fu proposta nel 1850 nell'Impero Austriaco, e pare che i giudicati di alcuni tribunali propendessero a sottrarre il *disaggio* dal calcolo del valore del tolto nei furti caduti sopra moneta cartacea.

S'impegnò allora eziandio nei giornali giuridici una qualche polemica piuttosto acerba che profonda su tale argomento. Ma non è a farsi gran caso tra noi di quelle opinioni perchè ispirate dalle speciali disposizioni del codice penale austriaco.

È noto che il § 173 del codice austriaco prescrive si desuma la misura della imputazione del furto dal *danno recato* al derubato: mentre invece i codici italiani desumono il criterio misuratore dal *valore del tolto*. La differenza tra le due formule è radicale. E sono molte le applicazioni nelle quali la formula austriaca condusse i giuristi alemanni a delle soluzioni che non sarebbero in modo alcuno accettabili in faccia alla formula nostra. Anche nella questione presente doveva esercitare influsso la specialità di quella formula. Misurando il furto dal *danno recato* poteva dirsi con fondamento che se a Tizio erano sottratte cento lire in oro, e a Cajo cento lire in carta i due *danni* non erano eguali; perchè Tizio col toltogli poteva comprare alla piazza ventuno staia di grano, mentre Cajo con la carta a lui tolta non ne avrebbe potuto acquistare che sole diciotto.

Ma la formula del *danno recato* assunta come misura del furto è viziosa ed inaccettabile ugualmente che la formula opposta dell'*utile retratto* dal ladro. Così l'una come l'altra

conducono la giustizia a cercare il criterio misuratore della repressione del furto in condizioni tutte *relative* ed *accidentali*, perpetuamente variabili o secondo l'individuo che ha patito il furto, o secondo la situazione personale del sottrattore. E quantunque in Alemagna siasi generalmente prediletta la formula del *danno* malgrado la innormalità delle sue conseguenze, stimasi fra noi più congrua ad una equa distribuzione di penalità la formula del valore, la quale evita lo sconcio che si puniscano disugualmente due furti caduti sopra lo *identico oggetto* soltanto perchè questo nelle mani del primo possessore rappresentava un utile maggiore di quello che esso rappresentava nelle mani del secondo possessore. In tema di omicidio o di lesione personale la legge punitiva calcola la importanza del *diritto leso* sopra il criterio *assoluto* ed *impersonale* del valore astratto attribuito dal legislatore alla vita di un *uomo* o alla giornata lavorativa di un *uomo*, e non di Pietro o di Luigi: e così minaccia identica pena tanto se l'uomo ucciso aveva venti anni quanto se ne aveva sessanta, e tanto se l'uomo ferito ritraeva dalla sua giornata una sola lira quanto se ne ritraeva venti o quaranta per ogni giorno nel quale gli è stato impedito il lavoro. Queste considerazioni personali entrano per buona giustizia nel calcolo della rifusione delle indennità, ma non potrebbero assumersi come norma della repressione senza rendere la medesima perpetuamente fluttuante ed incerta. Il criterio *assoluto* che si assume universalmente nel valutare la importanza del diritto leso dal colpevole non si comprende perchè debba cedere il luogo ad un criterio *relativo* e personale in tema di furto dove questo produce identici inconvenienti, ed espone il ladro a veder misurare la sua penalità non solo sul valore della cosa che volle sottrarre e *sottrasse* ma anche sul valore di tutti gli altri oggetti che non volle sottrarre e *non sottrasse*, quando per avventura questi oggetti in mano del proprietario abbiano subìto un deprezzamento a cagione del trovarsi scompagnati dalla cosa o dalla parte di loro stessi che venne sottratta.

Ad ogni modo è certo che i codici nostri adoperano per determinare la misura del furto la formula del *valore* della

cosa anzichè la formula del *danno*; laonde è in faccia a quella formula e non a questa che deve esaminarsi la questione se l'*aggio* o il *disaggio* della moneta sottratta influiscano sulla determinazione del *valore del tolto* come misura della repressione del furto, o come delimitazione del furto semplice dal furto qualificato o aggravato. E in faccia alla nostra formula io penso, malgrado l'autorità di qualche giurista straniero, che nella sottrazione di tutto ciò che è moneta o che corre come moneta, debba cercarsi sempre il valore *nominale* senza tener conto dell'aggio o del disaggio che possa subire per le eventualità della piazza.

È vero che contro tale sistema potrebbe opporsi la moneta non essere che una *merce*. Dal che parrebbe doversene dedurre che al modo stesso col quale lo alzamento o deprezzamento di ogni altra merce sul mercato influisce sul valore del tolto così esso debba influire sulla merce denaro. Il furto di un sacco di grano (potrà dirsi) commesso in febbraio quando il grano valeva quindici lire incontrò pena differente di quella che va ad infliggersi al furto di un uguale sacco di grano commesso in giugno perchè a questo momento il grano era salito al prezzo di lire ventiquattro. Perchè non dovrà seguitarsi identico criterio quando invece del grano fu sottratta una moneta d'oro, la quale ha subìto identico mutamento nel suo valore venale?

La obbiezione ha un'apparenza che seduce. Ma fra caso e caso esiste una differenziale notabile che rende fallace questo argomento di analogia. La differenziale sta in questo che nella generalità delle merci il *valore* respettivo è determinato unicamente dall'oracolo del mercato: è questo il supremo legislatore che determina il valore dei cereali, dei generi coloniali, dei panni, e di ogni altro oggetto che si produce e si mercanteggia dagli uomini per comune servizio. E se questo legislatore supremo dei valori muta ad ogni settimana il suo placito intorno al prezzo di una od altra merce, bisogna bene rispettare la sua legge, e dare ad ogni merce il valore che esso in quella settimana le aveva attribuito, perchè non avvi il dettato di un altro legislatore che possa opporsi all'oracolo del mercato. Ma in tema di monete (siano desse cartacee o metalliche) ha par-

lato il vero legislatore. Esso ha detto che quel pezzo di carta varrà venti franchi e che venti franchi varrà quel pezzo di metallo. Se agli uomini per loro eventuale affezione o disaffezione piace di dare qualche cosa di più per avere il pezzo di metallo o di alienare per qualche cosa meno il pezzo della carta, tale sia di loro. Essi in tal guisa verranno a creare una legge nundinale ed un valore fittizio, che dovrà rispettarsi sul mercato nelle transazioni private; ma non avranno per questo la autorità di cancellare ed abrogare il placito del vero legislatore. L'oracolo della piazza è autorità sovrana dove il legislatore ha taciuto. Ma dove l'autorità dello stato ha parlato in termini positivi l'oracolo della piazza non può derogare alla legge scritta. Il legislatore che ha detto doversi punire il furto con la pena della reclusione quando il tolto supera il valore di cinquecento franchi è quel medesimo legislatore che ha poscia nel supremo esercizio della sua potestà attribuito il valore di cinquecento franchi a quel pezzo di carta ed a quei venticinque pezzi metallici. Su quella carta e su quel pezzo metallo egli ha vergato la sua legge determinatrice del valore legale, e quando nell'articolo del codice punitivo egli ha vergato l'altra legge determinatrice della penalità del furto non può essersi riferito nella sua mente ad altra misura di valore differente da quella che egli aveva sanzionato, e dipendente dagli eventuali capricci del volgo.

Se configurisi la ipotesi di una modificazione del valore monetario ordinata o autenticamente riconosciuta dalla autorità sovrana, questo stesso nostro ragionamento condurrà per lo stesso suo ordine logico alla conclusione contraria. Ma allora non saremo più nei termini della proposta questione: non più si potrà parlare di *aggio* o di *disaggio;* dovrà invece parlarsi di mutato valore estrinseco della moneta. Allora naturalmente non potrà esservi luogo a disputa, perchè nessuno pretese mai che il valore del furto nelle monete dovesse calcolarsi sulla valuta *intrinseca* anzichè sulla *estrinseca.* E appunto per questo deve tenersi come regola costante che quando il valore *estrinseco* di un oggetto è stato determinato dalla legge, questa deve coordinarsi con la legge determinatrice della penalità nel furto, e l'una in-

tendersi subordinatamente all'altra come oracoli indipendenti dal variare delle popolari speculazioni.

Ho voluto accennare ad una questione, perchè la vidi agitata in altri paesi, e manifestare un pensiero sulla medesima. Non ho però inteso di trattarla maturamente nè di pronunziare una opinione definitiva.

§ 2. — Furto, gaz.

Una costante giurisprudenza italiana e straniera ha omai deciso che il gaz illuminatore possa essere soggetto passivo di furto; e che il titolo di vero e proprio furto debba applicarsi a colui che in danno della società intraprenditrice abbia applicato al conduttore del gaz uno strumento di deviazione per volgere ad uso proprio quel fluido prima che esso pervenga al contatore.

I principii sui quali si adagia questa dottrina sono saldissimi: — 1° in simile fatto vi è l'animo di *lucrare*, ed il lucro è indebito — 2° il gaz è *cosa mobile* — 3° il gaz è nel *possesso* della società fino al punto nel quale il fluido giunge al contatore; poichè soltanto in questo punto la società proprietaria ha mediante il contratto consentito di abdicare quel possesso e trasferirlo nel concessionario — 4° nella deviazione del fluido prima che giunga al contatore ci è dunque *la fraudolenta contrettazione della cosa mobile posseduta da altri ed eseguita contro la volontà del possessore per fine di lucro*. Vi sono dunque con tutto rigore ed esattezza i caratteri giuridici del furto proprio: e tale dottrina io stesso credetti dovere insegnare come vera nel mio *Programma* al § 2028, ed ove alla nota 2 la confortai con l'autorità di parecchi giudicati.

Ma una elaborata sentenza emanata il 12 maggio 1871 dal R. Tribunale di appello Veneto sul ricorso di Cipollato e Fumelli, riprodotta nell'*Eco dei Tribunali* al *n.* 2402 *e* 2403, ha revocato la sentenza della prima istanza che adattava alla indebita appropriazione di gaz il titolo di *furto*, dichiarando in riparazione che il vero titolo da applicarsi

era quello di *truffa* o (come noi diremmo) *frode* o *scroccheria* o *stellionato*.

Come ciò? Era dunque erronea la dottrina fin qui ritenuta? Oppure il sapiente Tribunale Veneto è caduto in equivoco? Nè l'uno, nè l'altro: la precedente dottrina è giustissima; ma al tempo stesso il Tribunale Veneto, ha con molta giustizia corretto un errore dei primi giudici. Le due teoriche non si contraddicono ma si porgono reciprocamente la mano. Tutto dipende nella definizione dei titoli dalle circostanze del fatto: e la più piccola mutazione di questo che all'occhio volgare apparisce insignificante è spesso decisiva per mutare il titolo e per moderare od accrescere sensibilmente la pena. Verità che non sempre si avverte bastantemente quando nelle questioni criminali si invocano i pronunciati della giurisprudenza.

La differenziale che nell'appello Veneto tramutò così notabilmente il titolo del malefizio riducevasi alla distanza di pochi centimetri.

Nei casi precedentemente giudicati erasi operata una deviazione dal tubo conduttore la quale divergeva il gaz *prima che esso giungesse* al contatore. E così rettamente i Tribunali Alemanni e Toscani vi avevano trovato la *contrettazione di cosa altrui* (cioè il furto proprio) perchè il fluido si prendeva prima che passasse nel *possesso* del concessionario, e mentre era sempre nel *possesso* della società.

Invece nel caso Veneto il fluido percorreva regolarmente lungo i tubi destinati dalla società a condurlo nel *possesso* del concessionario. Il concessionario prendeva dunque quel fluido e ne godeva legittimamente col consenso del proprietario. Tutto l'artifizio consisteva in un meccanismo adattato al contatore che lo rendeva inetto allo uffizio suo. Cosicchè mentre la società consentiva al concessionario che egli usasse di quella quantità di fluido (e fin qui non eravi alcuna violazione di diritto), essa società peraltro voleva quel passaggio nel godimento altrui sotto la condizione della *misurazione*. Dunque usare di una frode per impedire la *misurazione* è un *artifizio colpevole* tendente ad arricchirsi indebitamente a pregiudizio altrui abusando della altrui buona fede. Dunque vi erano i termini dello stellio-

nato (truffa secondo il linguaggio della traduzione del codice Austriaco) ed in questo titolo doveva cercarsi la penalità. Ma non vi era furto, perchè il fluido si pigliava quando già era entrato nel *possesso* del concessionario; non vi era furto, perchè il fluido non si pigliava *contro la volontà* del proprietario, mentre la società desidera che se ne prenda indefinitamente quella maggiore quantità che abbisogna limitatamente soltanto alla capacità del tubo da lei costruito. E per quella doppia ragione il titolo di furto era erroneamente applicato.

Questa decisione fondata sopra osservazioni altrettanto semplici quanto incriticabili onora la sapienza del Tribunale che la proferì, e mostra il grande interesse di tener sempre fisa la mente sui criterii essenziali dei singoli malefizi prima di definirne il titolo e di determinarne la penalità.

OSSERVAZIONE XVI.

Si dimostra che quando nel contesto di un'azione criminosa vengano eventualmente a sorgere due possibili titoli di reato che si unificano per la unicità del disegno in un solo reato, deve la legge dettare i canoni che sciolgano il nodo.

Simulazione di delitto.

Nell'anno 1865 ad un villico furono consegnati alcuni oggetti di rilevante valore affinchè li portasse alla vicina città, e ne facesse consegna ad una determinata persona. Ma colui giunto alla città anzichè presentarsi al destinatario di quelli oggetti adì lo ufficio della questura, e denunciò che gli oggetti a lui consegnati erano stati sottratti violentemente da tre malandrini i quali lo avevano aggredito e minacciato nella vita; e additava diverse persone alle quali egli aveva fatto per via analoghe conquestioni. Il pubblico ufficiale peraltro colto in sospetto il preteso derubato ordinò una perquisizione presso di lui, ove rintracciò gli oggetti che si asserivano involati. Chiarita in tal guisa la colpevolezza di quel mariuolo, egli fu inviato a giudizio sotto la imputazione di duplice reato; cioè di *truffa* e di *simulazione di delitto:* e il tribunale decretò *duplice pena* irrogandogli due anni di carcere per la *truffa consumata*, e un anno di carcere *per la simulazione di delitto.*

Meditando su quella pronunzia parve a me che nella specialità di quei termini di fatto non si fosse resa buona giustizia.

Non è già che fosse a proporsi il dubbio della unificazione della pena per ragione *della continuazione. Estremo della continuazione* è *la identità di legge violata.* Laonde poichè la truffa è un delitto *naturale* che ha la sua oggettività giuridica nel diritto della *proprietà privata*, e la simulazione di delitto è un reato *sociale* che ha la sua oggettività giuridica nella *pubblica giustizia*, incontra repugnanza l'unificarli per via di *continuazione.*

Ma nei termini del fatto sopra esposto io non veggo il bisogno di unificare mediante finzione giuridica *due delitti* distinti; perchè io non vi veggo che un unico fatto ed un *delitto unico* il quale è *ontologicamente individuo;* e poichè l'art. 81 del Codice Toscano dispone così — ivi — *Se un'azione può costituire più titoli di delitto, dee sempre riportarsi sotto di quello a cui è minacciata la pena più grave; e questa pena ove non sia assolutamente determinata, viene accresciuta entro i suoi limiti legali, dalle altre violazioni della legge commesse col medesimo fatto;* così avendo il Tribunale giudicato che il più grave dei due reati fosse la *truffa*, la pena della truffa diveniva *giuridicamente* assorbente, al tempo stesso che la truffa era *ideologicamente* assorbente della simulazione, perchè in quella stava il fine dello agente; e al tempo stesso che la truffa era *ontologicamente* assorbente, perchè in quel caso se voi ne toglievi i fatti costituenti la simulazione non rimanevano *fatti nessuni* costituenti la truffa.

La questione è puramente ontologica: mi spiego.

Io avrei diversamente opinato se quel mariuolo si fosse per via *appropriato definitivamente* gli oggetti consegnati, li avesse venduti, od in altro modo usurpati.

Allora negli atti di *appropriazione* io avrei trovato il momento consumativo del delitto di truffa, avrei detto che questo era un titolo ormai raggiunto, era un fatto compiuto; e bisognava punirlo distintamente sotto il suo titolo come malefizio consumato di per sè stante.

Allora passando a contemplare la successiva simulazione di delitto io vi avrei ravvisato una nuova, e distinta fase criminosa. Il primo fatto era esaurito, il primo delitto era consumato senza bisogno di atti ulteriori. Trattavasi adesso

di occultare il delitto già commesso, trattavasi di guadagnarne la impunità ingannando la giustizia. Ed ecco il secondo fatto tutto distinto dal primo nella sua *materialità;* tutto distinto nel *fine* criminoso che il primo aveva nella indebita locupletazione, ed il secondo nello inganno della giustizia; tutto distinto nella respettiva *oggettività giuridica*, chè troppo sono diversi il primo diritto già ormai vulnerato dalla truffa, ed il diritto aggredito dalla simulazione. Ecco (io avrei detto) due enti giuridici collegati fra loro per un solo nesso occasionale, ma integralmente completi ciascuno in sè stesso. Io non posso unificarli. Io debbo impreteribilmente applicare due pene.

Ma nel caso proposto eravamo ben lungi dal poter ragionare così.

Nel caso proposto mancavano affatto i *momenti consumativi* della truffa; circostanza sfuggita in quella discussione. Nel caso proposto il colpevole non aveva *eseguito alcun atto di appropriazione.* La appropriazione degli oggetti altrui non era neppure *tentata*, poichè se si prescinde dalla mendace denunzia nessun atto esteriore aveva posto in essere colui che manifestasse il pravo disegno di usurpare le cose altrui, e che potesse costituire almeno il principio di esecuzione della truffa. Tutto il momento dell'azione criminosa riducevasi alla falsa denunzia. Questa poteva guardarsi come reato di per sè stante se per altri diversi *fini* si fosse commessa. Ma poichè era commessa per l'*unico fine* di tentare la truffa, era antigiuridico errore cumulare due figure diverse ed applicarle ad un unico atto, dandogli una figura criminosa col guardarlo in *sè stesso*, e dandogli una seconda figura criminosa col guardarlo *nel suo fine.* Ciò trovava ostacolo nell'art. 81 il quale dove da un'unica azione sorgono due diversi titoli criminosi, non prescrive già che si applichino le due pene, ma impone (coerentemente alla scienza) che si applichi la sola pena più grave.

Qui della falsa denunzia voi avevate assoluta necessità per trovare un atto esteriore di esecuzione del malvagio disegno di truffare l'altrui. Senza quella voi *niente* (proprio niente) avevate che costituisse la truffa; perchè è notissimo che il breve ritardo alla consegna al destinatario non con-

suma la truffa se non interviene la costituzione in *mora*, o qualche *atto positivo* che mostri l'animo diretto alla indebita appropriazione.

Ma se dell'atto della falsa denunzia voi avete bisogno assoluto per rimproverare al giudicabile almeno un principio di esecuzione del reato di truffa; ed anzi volete punire quella falsa denunzia come *consumazione* della truffa; voi ingiustamente ponete una seconda volta sulla bilancia quello identico fatto della falsa denunzia per trovarvi la consumazione dell'altro reato contro la giustizia.

Quel momento criminoso è *unico*. Sia pure ch'esso simultaneamente aggredisca due diversi diritti; ciò non basta a scinderne la unicità. La questione (io ripeto) è puramente ontologica. Dell'unico atto non può farsi duplicazione. Se all'atto che fu unico materialmente rispondono due distinti diritti aggrediti che possano naturalmente far sorgere dal fatto unico due distinti *enti giuridici*, voi avrete la scelta fra questi due enti giuridici, cioè fra i due diversi titoli di reato che li rappresentano. Scegliete nel battesimo che siete per dare a quel fatto il titolo che è più grave; e sarete nel vostro diritto. Ma quando a quel fatto avete dato un battesimo non vi è permesso lo anabatismo giuridico di dargli un secondo battesimo: e quando quel fatto lo avete punito sotto un titolo, non vi è permessa la iniquità di punire una seconda volta lo identico fatto sotto un diverso titolo.

Voi avete fatto giustizia quando mi avete obbiettato la colpevolezza della falsa denunzia come costituente la simulazione di delitto, e mi avete irrogato la relativa pena: or bene questa è partita saldata: della falsa denunzia io sono punito. Ditemi adesso su quali elementi di fatto voi radicate la pena ulteriore che volete infliggermi come autore di truffa. Gli oggetti altrui voi trovaste illesi presso di me: io non ne usai in modo alcuno come padrone: io non tentai di venderli: quali sono dunque gli atti esecutivi della pretesa truffa? Voi non potete darmi che una risposta: la truffa tu la eseguisti con la falsa denunzia evidentemente preordinata a farti padrone degli oggetti affidati. Ma dunque il momento di fatto che voi volete punire come costituente la truffa è quello stesso momento di fatto che voi punite come

costituente simulazione di reato. Ma dunque ad un identico momento di fatto voi attribuite due titoli di malefizio non per eleggere fra quei due titoli quello che è più gravemente punito, ma per applicarli ambedue e per soggettarmi a due pene per un solo fatto; e questo non vi permette la legge.

Ecco i pensieri che in me suscitò lo studio del suddetto caso. Ed io li credo esattamente conformi ai cardini della dottrina penale.

Anzi se fossi stato difensore di quel disgraziato io sarei forse andato più innanzi; ed avrei osato sostenere che la falsa denunzia (affatto isolata da ogni atto di appropriazione) non esauriva la *consumazione* della truffa e ne era un semplice tentativo. Ma questo condurrebbe allo spinoso argomento del *tentativo della truffa* che è fuori affatto dal tema della cumulazione delle pene, unico punto che io ho preso a considerare in questi rapidi cenni. Aggiungerò soltanto che anche nella ipotesi dove la *dualità di azione* può rendere possibile senza repugnanza la dualità di pena (lo che configurasi nei termini di chi simula un delitto per occultare *un altro* delitto già consumato) deve tenersi sempre come essenziale la formula *altro* delitto. Senza questa differenziale fra il delitto che si volle occultare, e il delitto che si denuncia mendacemente o del quale si fingono le traccie, io stimo repugnante obiettare il titolo di *simulazione di delitto:* e ciò a me pare evidente per la semplicissima ragione che non avvi *simulazione.*

Suppongasi che un mio familiare abbia commesso un furto a mio danno; e poscia al fine di stornare dal suo capo il sospetto faccia trovare l'uscio dischiuso e vada a presentare denuncia di un furto commesso in mia casa da un incognito che colà si è introdotto: suppongasi una moglie che dopo avere trafitto il marito nel sonno rompa la finestra di camera e vi appoggi allo esterno una scala onde far credere che un estraneo nemico siasi colà introdotto ad ucciderle il marito. Può egli dirsi in simili termini che siavi una *simulazione di delitto;* ed obiettare respettivamente questo titolo insieme col furto e col viricidio? Io sostengo che no.

In questa ipotesi il delitto *è vero*, non simulato: ed *è vero* rispetto al suo titolo in tutte le sue condizioni. Era un furto veramente commesso: era un omicidio veramente consumato. Non si è *simulato* un delitto; si è soltanto *dissimulato* la *persona* dell'autore del malefizio veramente commesso. Lo che se facciasi da un terzo potrà offrire i termini del *favoreggiamento;* ma se facciasi dallo stesso autore del delitto al fine di propria salvezza non è politicamente imputabile: e mai nè all'uno nè all'altro è imputabile come simulazione di reato, perchè simulazione non esiste quanto al *reato*. Nè può dirsi che si generi nella pubblica opinione un falso allarme per un delitto immaginario quando il delitto effettivamente è avvenuto. In questi termini non più si mette in questione soltanto il raddoppiamento della imputazione, ma si nega in radice la imputazione di *simulato delitto,* perchè è nella natura di questo malefizio che egli debba cadere sopra lo *ingenere* del delitto, e non sullo *speciale* del medesimo.

OSSERVAZIONE XVII.

Si dimostra che il legislatore deve formulare le sue disposizioni in guisa da lasciare sempre utile a favore del reo l'effetto dello stato di dubbio, sicchè la presunzione della innocenza o della colpa minore mai corra rischio di essere rovesciata.

Mai presunzione di reità.

Io qui prendo per obiettivo delle mie critiche l'art. 59 § 2 del codice Toscano così concepito — ivi — *Ma se alcuno dei detti coautori non ha menomamente* partecipato, neppure con la semplice presenza, *all'esecuzione del fatto; la pena di lui può discendere fino a quella di un ausiliatore.*

Il concetto del legislatore nel punto di vista *astratto* è qui altrettanto nitido quanto giusto. Perchè il partecipante ad un delitto per averlo concertato *con altri nel comune interesse*, sia dichiarato in modo *assoluto* coautore ed equiparato agli altri nella pena, occorre il concorso cumulativo di due estremi — 1° il *concerto* — 2° la *presenza* all'atto consumativo. Tutto questo è chiarissimo ed incensurabile. Ma la locuzione *negativa* adoperata qui dal legislatore schiude l'adito ad una perplessità pericolosa e spaventevole che può talvolta decidere di una pena capitale. Tutto il difetto di questa locuzione, riducendolo ai minimi termini, consiste nella formula *se non ha partecipato*, alla quale può darsi un senso opposto a quella *se non è provato che abbia partecipato.* Qui è tutto il nodo.

Si domanda se il giudice debba in faccia a quella disposizione *dichiararsi certo* che il giudicabile *non vi era*, o se invece debba *dichiararsi certo* che il giudicabile *vi era*.

La differenziale parrà frivola finchè si contempla il quesito innanzi al giudice magistrale. Questi sa benissimo che ovunque la sua coscienza rimanga in uno stato di *dubbio* gli corre il debito di affermare il non consta della colpevolezza o il non consta delle più gravi condizioni del reato. Il magistrato sa benissimo la differenza che passa fra lo affermare uno *estremo* del reato, e lo affermare una *scusa*: e sa che nel concetto della legge qui non può dirsi che la *non presenza* sia una scusa, ma che invece la *presenza* è un *estremo;* perchè senza quella il legislatore non ha imperiosamente prescritto la perpetua parificazione dei *socii criminis* anche nella pena suprema.

Ma portatemi quel testo avanti ai giurati; ed ecco la perplessità, o per dir meglio ecco l'arbitrio nel Presidente di manomettere la santa regola in *dubio pro reo*.

Il giurato niente sa di tutte quelle distinzioni, di tutti quei precetti; niente conosce di ciò che è *estremo* e di ciò che è *scusa*. Egli sa unicamente che deve rispondere *sì* quando è *certo* che ciò che gli si domanda è vero; e *no* quando ne rimane in *dubbio*.

È dunque facilissimo far affermare o negare dall'identico collegio la condizione dell'art. 59 secondochè si dimanda ai giurati se si *sentano convinti che Tizio ci fosse*, oppure se si *sentano convinti che Tizio non ci fosse*. Se dimandate al Collegio *consta che non ci fosse*, il giurato dice a sè stesso: come posso io senza farmi spergiuro asserire che colui *non si trovò al fatto*? Nessuno dei testimoni me ne assicura. Ammetto che possa essere stato lontano assai da quel luogo ma non ne sono *certo*, e può anche darsi che vi fosse; e in faccia a tale possibilità mi renderei spergiuro se come *verità positiva* affermassi che egli *non vi era*. Ed ecco che il Collegio risponde *nò non consta che non ci fosse*.

Ora interrogate lo stesso Collegio con la formula più naturale e ordinaria: *consta fosse presente?* e lo stesso giurato dice a sè stesso, non ho segni, non ho indizi, non

ho testimoni che mi assicurino della sua presenza colà: e come posso farla da indovino e affermare sulla mia coscienza che *egli vi fosse?* Ammetto che potrà forse esservi stato, e forse nò: ma affermarlo non posso. E lo stesso Collegio risponde: *no, non consta che ci fosse.* La cosa è evidente: ed io la toccai con mano in un caso pratico dove la questione fu posta con la formula *negativa* anzichè con la formula *affermativa* come costantemente si pratica in tutte le questioni ai giurati. E questa fu la occasione che richiamò le mie meditazioni sull'argomento, e la occasione di questo mio scritto.

E per quale motivo la pratica costantemente osservata in tutte le questioni così principali come subalterne proposte alla giuria deve essa incontrare eccezione soltanto nel caso dell'art. 59? Il legislatore che dettò questo articolo non conosceva nè poteva prevedere l'articolo procedurale che tredici anni di poi ordinò si ponessero le questioni ai giurati con *la formula* dell'*articolo penale*: nè questo secondo legislatore con quel generico precetto adattabile ai vari casi secondo le circostanze, e subordinatamente sempre alle somme regole di ragione fu certamente così barbaro da avere lo eccezionale intendimento di conculcare con un formulario procedurale i più santi precetti di umanità e di giustizia, e sanzionare la regola inaudita e reietta anche nei più feroci tempi che nel dubbio si condannasse alla pena più severa; e (sorgendone il caso) si condannasse nel *dubbio* anche a morte. Eppure è evidente quanto la luce del giorno che interrogati i giurati se siano convinti che quel giudicabile tradotto per la prima volta dinanzi a loro *non abbia* commesso furti, *non abbia* partecipato a furti, *non abbia* speso monete false, e simili, bisognerà che in buona coscienza rispondano *no, no, no*; questo potrà essere, ma a giuramento nostro non possiamo affermarlo.

Si domanda forse ai giurati — *consta che l'omicidio non fosse preceduto da premeditazione?*

Oh! se così s'interrogassero i giurati troppo si farebbe consumo di corde. Tolti i casi di rissa, nessun uomo coscienzioso potrebbe dichiararsi certo che quel micidiale non avesse qualche tempo innanzi formato nelle latebre del suo

cuore il proposito di cercare occasione onde disfarsi del suo nemico.

Si domanda forse se consta che il compratore di cosa furtiva o lo spenditore di falsa moneta *non avessero scienza del vizio*? No? Si domanda se *consti della scienza:* ed il giurato che dubita si fa tranquillo con la risposta negativa.

Si domanda forse se il valore del tolto *non superasse* le lire cento? No: si domanda *se consti che il furto superasse le lire cento.* Non si domanda se consti il ferito *non essere morto per altra causa:* si domanda se morì per causa della ferita.

Non si domanda se il minore agì *senza discernimento;* no: si vuole che il giurato sia *certo* del *concorso del discernimento,* ed affermi questo.

Sempre costantemente così. E perchè sempre così? Per la sovrana ragione giuridica che le condanne devono adagiarsi sul *positivo* e non sul *possibile;* e per la sovrana ragione logica che il *non essere certi* di una cosa ammette la *possibile verità* della cosa incerta, e non equivale *allo essere certi* della cosa contraria. Alla esecuzione del giustiziato un galantuomo dimanda ad uno dei giurati che lo condannarono, come faceste voi a dichiarare che quel disgraziato era *presente* al latrocinio mentre è un fatto che egli in quell'ora si trovava in mia casa assai distante di là? Voi commetteste un deplorabile errore. Ma il giurato niente si commuove, e tranquillamente risponde: in errore siete voi quando supponete che dalla giuria si affermasse che *egli vi era.* Oibò; niente di questo: noi affermammo soltanto che *non eravamo certi che egli non ci fosse:* e questa era la verità, e non potevamo affermare diversamente. E queste non sono ipotesi, nè voli di fantasia. Sono storie che troppo spesso si ripetono: storie di verità luttuosa. Per formarsi una idea del criterio col quale alcuni giurati interpretano il concetto di certe questioni presentate loro in una forma o tranellesca od incauta, bisogna avere occasione di conversare coi giurati familiarmente dopo il verodetto. Ed allora si apprendono cose che fanno rizzare i capelli. Non udii io dirmi che la premeditazione si era dovuta ritenere per le arti usate *dopo l'omicidio* ad occultare le tracce

del consumato delitto! Non ho udito io per tre volte il capo dei giurati dichiarare che non aveva posto ai voti le attenuanti perchè credevano d'avere *assolto* l'accusato: mentre lo avevano condannato! Non vidi testè i giurati dichiarare il concorso di circostanze attenuanti nel verodetto col quale assolvevano il giudicabile! Fatti storici sono questi, non fantasie, non timori panici. Non vidi io schivare la galera un ladro che era entrato *spaccando un uscio*, per la potentissima ragione che i *serrami* di quell'uscio erano intatti, ed ai giurati si era chiesto (per constatare la qualifica dell'effrazione) se il furto si fosse consumato *mediante guasto di serrami?* Fatti sono questi: ed ogni patrono ha i suoi da narrare. E questi fatti mostrano non già il vizio della istituzione; come taluno precipitosamente ne vorrebbe concludere. No: mostrano l'assurdo della nostra legge procedurale. Si chiede una risposta ad uomini ignari di legge, risposta che si vuole dettata dal *senso comune*: e poi si ordina che quegli uomini s'interroghino con la formula composta secondo il senso giuridico. Ordinamenti così contradittorii non sono essi propriamente aberranti dal senso comune? E per mantenere intatto questo simulacro di giustizia che è il Codice del 1865, si vorrebbe che il nuovo codice penale italiano si formasse dal Parlamento con formule adattate ai giurati. Ciò significa precisamente questo: noi abbiamo un codice di procedura pessimo sul quale non vogliano portare la mano perchè è una copia delle tradizioni dei tempi dispotici: dunque facciamo pessimo anche il codice penale perchè sia in armonia col codice di procedura. Ciò riproduce la vecchia favola di Esopo della Volpe che avendo perduta la coda ad una tagliola adunò le volpi a consiglio per proporre si ordinasse a tutte le volpi di tagliarsi la coda: ma le volpi furono accorte e non aderirono al taglio generale delle code. Perchè chi ha la sventura di trovarsi la coda userà ogni arte al fine di appiattarsela, ma non verrà mai in buona fede a tagliarsela.

Il codice penale deve essere la promulgazione dei canoni della scienza esposti in termini accessibili ad ogni uomo quantunque inerudito di legge, perchè tutti i cittadini vi devono imparare le regole della propria condotta. Spetta al

codice di procedura penale la cura di mettere i precetti della scienza a contatto dei giurati. E questo è facilissimo purchè si vada per la più semplice. S'interroghino sulle *circostanze materiali* del fatto in un senso costantemente *affermativo*. La Corte magistrale sarà l'anello di congiunzione fra la scienza ed i giurati; essa applicherà i precetti di quella *ai fatti materiali* affermati da questi. E l'organismo in questa sua semplicità procederà senza inciampi; e la verità non sarà sommersa nelle ambagi di un formulismo oltramontano.

Certamente il codice Toscano nella locuzione dell'art. 59 non serbò quella felicità invidiabile che splende in ogni sua parte. Ma sotto i Magistrati toscani non era davvero a temersi che una formula negativa sfuggita in un articolo di legge si convertisse praticamente nella eresia *in dubio contra reum*. È impossibile supporre che il legislatore toscano volesse imporre ai *socii criminis* come condizione indispensabile ad evitare l'estremo supplizio l'onere di provare la *coartata* della *negativa:* prova il più delle volte *impossibile* a farsi, e sempre difficilissima anche nei casi più fortunati pel giudicabile. Ciò varrebbe quanto stabilire cho lo aver preso parte ad un concerto diretto a consumare un futuro reato porta con sè la *presunzione* dello *intervento personale* nella consumazione del reato stesso. E questo è troppo. Indizio (e sia pure gravissimo) di intervento se ne potrà desumere dal giudicante. Mai però una presunzione che basti alla più grave condanna dell'accusato, quante volte a lui sventuratamente faccia difetto la prova apodittica dell'assenza. L'articolo 59 nelle parole *se non ha partecipato alla esecuzione*, deve intendersi nel senso *se non è provato che abbia partecipato alla esecuzione*. Io persisto nella opinione che malgrado la locuzione meno felice di quell'articolo la questione ai giurati debba anche qui proporsi con formula affermativa: e ad ogni modo sia questo problema un'avvertenza ai legislatori di adoperare sempre i modi più positivi nei loro dettati.

OSSERVAZIONE XVIII.

Si dimostra che quantunque i progressi attuali della scienza penale abbiano lodevolmente generalizzato il sistema delle pene *relativamente determinate*, le quali lasciano al giudice fra un massimo ed un minimo un sufficiente spazio da percorrere secondo prudenza sua a norma delle speciali circostanze, questo sistema ha però bisogno di essere completato con un precetto che determini la *pena ordinaria* fra quelle due estremità.

Massimi e minimi.

Quando un codice minaccia contro un dato delitto una pena relativamente determinata, qual'è dessa la pena *normale?* Qual'è dessa (per dirlo con le parole della vecchia pratica) qual' è dessa la pena *ordinaria?* È questa tra le quantità previste dal legislatore a cercarsi nella *massima*, oppure nella *minima*, oppure nella *media?* Proporrò la mia ricerca in termini concreti. Un delitto si vuole punito dal vegliante codice col carcere *da uno a tre anni.* Dimandasi qual'è la pena *normale?* quella cioè che deve infliggersi nel caso semplice non accompagnato nè da circostanze aggravanti, nè da attenuanti: è il carcere di un anno oppure di due, oppure di tre?

Lo illustre Jordao, nella sua esposizione di dottrina penale premessa al Progetto di nuovo Codice Portoghese, stabiliva che la pena normale dovesse essere la *media*, la quale doveva sempre applicarsi quando il delitto non offeriva concomitanza nè di aggravanti, nè di diminuenti, per ascendere poi dentro i limiti legali verso i massimi nel

concorso delle prime; e discendere verso i minimi dove concorressero le seconde; e rimanere nella pena media in caso di collisione fra le une e le altre.

Questa opinione io non esito a ritenere come vera anche nel punto di vista meramente scientifico; e come praticamente accettabile anche là dove il Codice vigente non le abbia dato letterale sanzione.

Infatti quando il legislatore (discorrendo l'esempio proposto) ha dato al giudice facoltà di spaziare contro un dato colpevole da un anno a tre anni di carcere, non è a credersi che abbia voluto consegnare la determinazione del quanto al capriccio ed allo arbitrio del giudice; o concedergli un diritto di gratificazione. È a credersi invece che il legislatore (sempre intento a procacciare lo esercizio della giustizia distributiva nel modo più esatto) abbia dato al giudicante quella larghezza per il preciso fine che ad ogni singolo delitto si venissero nei casi pratici proporzionando le pene. Cosicchè la facoltà data al giudice altro non sia che lo *arbitrium boni viri*, cioè lo arbitrio adoperato *secondo ragione.*

Ma la *ragione* di alzare od abbassare la pena non può cercarsi nelle simpatie o nelle abitudini: essa deve cercarsi nella *quantità del delitto.* Questa è la regola impreteribile di giustizia.

Ora la quantità *normale* di ogni singolo delitto è quella che si rappresenta nei singoli casi da un reato costituito nella sua forma *semplice:* voglio dire che non abbia complicazione di circostanze che ne aumentino, o di circostanze che ne diminuiscano la gravità.

E se giustizia vuole che al delitto trovato nel suo stato *normale* si applichi la pena *normale*, questa non può essere se non nella quantità *media;* affinchè rimanga al giudice bastevole campo per alzare od abbassare la pena entro i limiti prescritti secondochè trova altra volta alzarsi od abbassarsi la quantità del delitto per la mistura di circostanze che lo rendono più leggiero o più grave senza mutarne nè il titolo nè la classe.

Procedendo con diverso concetto il giudice commette una ingiustizia oggi, e prepara il terreno per altra nuova in-

giustizia che sarà commessa dimani. Ciò è inevitabile. Se egli oggi ha irrogato il *minimo* al colpevole di un reato che era nello stato normale, cioè scompagnato da circostanze diminuenti, il pubblico ha diritto di aspettare che alla dimane egli infligga castigo minore ad un altro colpevole dello stesso delitto che risulti ricco di circostanze attenuanti. Ma questa proporzione non gli è più possibile di osservare, perchè lo stringe il limite del minimo. Ugualmente se il giudice irroghi oggi il massimo di tre anni di carcere contro lo stesso delitto nello stato normale, scevro cioè di circostanze aggravanti; egli di nuovo eccede oggi in severità e si prepara la necessità di commettere altra ingiustizia dimani, perchè all'indimani gli viene recato innanzi un altro autore di delitto di identico titolo, ma sopraccaricato di circostanze aggravanti, ed egli è impotente ad irrogare a costui una pena superiore a quella inflitta al precedente colpevole, perchè lo stringe il limite del massimo. E così in ambo i casi ne avviene la violazione della regola che vorrebbe s'irrogasse sempre pena uguale a delitti uguali, e pena disuguale a disuguali delitti.

Queste a me paiono verità non dettate da spirito di parte, ma da puro amore di giustizia. Malgrado ciò io veggo frequentemente i Pubblici Ministeri procedere per via di un entimema il quale mostra che alla mente loro apparisce doversi cercare la pena ordinaria sempre nei massimi. I giurati hanno (a modo di esempio) escluso l'animo di uccidere e proclamato l'omicidio preterintenzionale con sola previsione possibile. Deve applicarsi la pena dell'art. 312 del codice Toscano (carcere da uno a tre anni) ed ecco il Pubblico Ministero saltar su col suo solito entimema — *art.* 312: *dunque chiedo tre anni di carcere.* Altra volta ad identica dichiarazione i giurati hanno aggiunto la proclamazione delle attenuanti, ed ecco il Pubblico Ministero che duplica lo entitema — *art.* 312: *dunque tre anni. Ma circostanze attenuanti: dunque chiedo trenta mesi.* Dal che si vede chiaro che dal modo di ragionare di alcuni sostenitori dell'accusa la pena ordinaria è sempre il *massimo.*

Ma questo pare a me sia contro ragione, e sia inoltre contro le stesse disposizioni della legge.

Male si applica un codice punitivo se non si coordinano tutte le singole sue disposizioni tra loro.

Evvi nel codice penale l'art. 80 per il quale la *continuazione* accresce la pena entro i suoi limiti legali.

Evvi nel codice penale Toscano l'art. 333 per il quale l'uso dell'*arme propria* accresce la pena nei suoi limiti legali.

Evvi l'altra disposizione dello stesso articolo per la quale la pena si accresce entro i suoi limiti legali se la persona offesa era quella di un *ascendente*.

Questi tre articoli si devono essi dal giudice *mantenere* ed *osservare*, oppure si debbono dal giudice *cancellare*, e considerare come non scritti a dispetto della esplicita volontà del legislatore? Ecco ciò che io domando nei più semplici termini a tutti coloro che teoricamente pensano che la pena ordinaria sia il *massimo*, o praticamente operano come se la pena ordinaria fosse il massimo. Io dico recisamente a costoro — voi applicando il massimo al giudicabile che non è reo di delitto *continuato*, che non è reo di delitto commesso con *arme propria*, che non è reo di delitto commesso sulla persona di un ascendente, senza che il processo vi abbia somministrato altre aggravanti da equivalere a quelle, voi avete cancellato dal codice l'art. 80, voi avete cancellato l'art. 333 in ambo le sue provvisioni, perchè avete renduto impossibile a voi stessi di obbedire a quei due articoli, quando dopo tale pronunzia siate chiamati a stabilire la pena contro un altro colpevole dello identico titolo di reato, ma aggravato dal vincolo di sangue, dall'arme propria o dalla continuazione. Negatelo se potete?

Non credasi che con questa esemplificazione io intenda sostenere che le aggravanti valutabili ad incremento della quantità dei delitti siano soltanto le tre sopraccennate. Molte altre nella varietà dei casi ve ne possono essere di eguale valore, le quali anche nella mancanza delle tre suddette possono giustamente condurre il giudice ad applicare il massimo.

Tutto questo io concordo, ma la tesi che io propugno è più generale, e consiste nel sostenere che il giudice *non può applicare il massimo dove non trova circostanze ag-*

gravanti; perchè ciò facendo viene implicitamente ad abrogare la legge che *tassativamente impone* un aumento di pena entro i limiti legali nel concorso di certe aggravanti specialmente previste e designate dalla legge stessa.

Se nello stesso giudizio trovaste implicati due giudicabili responsabili dello *identico titolo di delitto* (per esempio lesione personale grave) ma l'uno di essi avesse a suo carico le aggravanti della *continuazione*, della *parentela*, e dell'*arme propria;* mentre l'altro (*caeteris paribus*) non ha contro di sè nessuna di queste aggravanti, voi non avreste certamente il coraggio nella stessa sentenza d'*irrogare il massimo* al secondo mentre non vi permette la *legge d'irrogare più del massimo* al primo. Voi sentireste repugnanza e rossore di pronunciare contro quei due gli identici tre anni di carcere: la vostra coscienza se ne commuoverebbe come di una ingiustizia.

E non vi avvedete che uguale ingiustizia voi commettete quando ciò fate in due diversi giorni o in due diverse sentenze, perchè la ingiustizia non nasce dalla identità del *giorno* o dalla identità della *sentenza*, ma dalla identità della *pena* irrogata ai colpevoli di delitti differentemente *gravi* benchè identici di *titolo*. Voi non vi avvedete che quando avete oggi inflitto il massimo della pena ad un feritore o ad un omicida cui non aggrava nè continuazione, nè arme propria, nè parentela, se queste aggravanti voi non potete supplire con altre circostanze aggravanti di uguale odiosità, avete cancellato gli art. 80 e 333 del codice penale; e che dimani quando nel concorso di tali aggravanti vi troverete costretti ad irrogare la stessa quantità di pena, ogni intelligente che freddamente confronti le due sentenze dovrà gridare contro la ingiusta distribuzione.

Eppure io vidi che a queste verità non sempre si pensa nella pratica. Vi si pensa per una necessità di fatto quando i due disugualmente colpevoli siedono contemporaneamente sulla panca dei rei, e perciò dovetti spesso esclamare, fortunato chi delinque in compagnia. Ma non sempre vi si pensa quando deve aggiustarsi la pena ad un solo accusato; ed in questo caso troppo spesso si procede come se per abbassare la pena al disotto del massimo vi fosse bi-

sogno di circostanze attenuanti. Lo che io stimo errore gravissimo.

Un vecchio proverbio diceva che i ladri hanno sempre fortuna, ed anche nella presente questione io vidi sempre che i ladri sono i più fortunati.

L'art. 376 lett. *d* del codice penale Toscano colpisce del carcere da diciotto mesi a tre anni il colpevole di furto semplice che superi il valore di cinquecento lire, ma non quello di mille lire. Ed io non vidi mai in pratica che quando il furto semplice superava di poche lire le cinquecento si applicasse il massimo di tre anni di prigionia. Ed a buona ragione; perchè se oggi si sono inflitti tre anni di carcere a chi ha rubato mille lire, apparirebbe ingiusto irrogare dimani gli stessi tre anni di carcere a chi ne rubò cinquecentodue. Questo non si chiede mai nè mai si fa, perchè la quantità relativa dei delitti e la progressività della scala penale appariscono *sensibili* agli occhi del giudice quando si rappresentano da una *cifra numerica*. Poco vi vuole a comprendere che mille non è uguale a cinquecentodue. Ma un giurista dovrebbe con uguale facilità comprendere che un ferimento continuato con arme propria non è uguale ad un ferimento semplice senz'armi. E compreso ciò ne verrebbe come logica conseguenza che i massimi dovrebbero sempre riservarsi ai casi più gravi per non esaurire la faretra della giustizia sui minori colpevoli e rimanere impotenti a colpire adeguatamente i più gravi.

Queste osservazioni io volli fare unicamente ad occasione di certi Pubblici Ministeri che quando i giurati hanno correzionalizzato l'accusa, tengono per abitudine di chiedere sempre il massimo della pena correzionale. Non intesi muover censura contro quelle Corti che fanno eco a tali dimande, perchè non oso invadere il santuario delle loro coscienze, e voglio credere che quando applicano i massimi ne abbiano buone ragioni nelle speciali circostanze del caso, e non procedano per un moto di reazione contro i giurati. Ma persisto a ritenere utile e doveroso che la legge penale emetta più espliciti dettati intorno alla distribuzione delle pene relativamente determinate ad evitare li sconci ai quali può dar luogo il rigorismo abituale di qualche giudicante.

Se non vuolsi adottare il metodo proposto dal progetto Portoghese che ridusse la distribuzione delle quantità penali ad un sistema matematico, potrebbe almeno con un dettato generale imporsi che mai si infliggesse il *minimo* dove non concorrono minoranti od attenuanti e mai il *massimo* dove non sono aggravanti.

OSSERVAZIONE XIX.

Si dimostra che il cittadino accusato ha sacro diritto a veder proclamata la propria innocenza da una pronunzia giudiciale o provvisoria o definitiva, e che questo diritto deve essergli mantenuto dalla legge.

Accettazione di rinunzia a querela privata.

L'art. 88 del Codice penale Toscano dispone che nei delitti perseguitabili soltanto a querela di parte la quietanza del leso *estingue l'azione penale ognorachè il querelato non la rifiuti.*

Ecco le osservazioni che fece l'esimio Puccioni sull'ultimo inciso di quella disposizione, nel suo aureo *Commentario* al Codice penale Toscano, art. 88 (*vol.* 2, *pag.* 341) — ivi — *L'accettazione per parte del querelato della quietanza a di lui favore emessa non era condizione indispensabile alla di lei efficacia sotto l'antica patria giurisprudenza. Questa pratica, alla quale davvero non sapremmo annuire, basavasi sulla assoluta irrevocabilità della quietanza appena che dal querelante privato era stata ratificata, e al non avere le leggi allora vigenti richiesto l'assenso del querelato per la di lei efficacia e validità, sicchè inopportunamente sarebbe stato dal Tribunale richiesto, e senza effetto dal querelato rifiutato. Checchè sia di ciò, noi ben volentieri concordiamo nella assoluta necessità della accettazione della quietanza per parte del querelato. Colui che sa di essere*

innocente, non può annuire a dar valore ad un atto che a suo carico ingerisce nella pubblica opinione un sospetto di reità, nè può il querelante con un interessato recesso sottrarsi alle sequele di un giudizio o temerariamente o maliziosamente intentato, ed evadere così all'azione per la calunnia. Molto saviamente dunque ha il Codice nostro innovato sulle antiche consuetudini giudiciarie richiedendo l'accettazione per parte del querelato della quietanza presentata dal querelante. Questa accettazione può essere espressa perchè resultante da atto legale, e può essere tacita per la presentazione che egli stesso faccia della riportata quietanza ai Tribunali.

La Commissione eletta nel 1866 per formare lo schema del nuovo Codice penale Italiano non esitò a riprodurre nell'art. 77, § 2 del suo Progetto quella condizione della *accettazione* della quietanza, perchè la trovò sanzionata dal codice Toscano, elogiata dai dotti, e perchè la pratica non ne aveva fatto sorgere difficoltà: e la riprodusse nei seguenti termini — *la remissione della parte offesa non produce effetto se lo imputato ricusa di accettarla.*

Ma nella valanga di censure più o meno retrive che poscia da ogni banda si rovesciarono sopra a quanto in quel Progetto aveva sembianza di novità non Francese, sorsero ancora le critiche contro la dottrina del requisito della accettazione alla remissione del dolente. E le critiche non caddero sul terreno della convenienza politica di quella regola, ma per sottili argomentazioni si portarono sul campo giuridico. E quella dottrina si accusò di essere prima antigiuridica, e poscia ingiusta, mercè due speciosissimi obietti che oggi mi piace pigliare in esame.

In primo luogo si disse che mantenendo vivo il giudizio penale dopo la rinunzia del dolente si creava un mostro giuridico, un ente senza vita, uno edifizio senza base. Nei reati che si dicono di azione privata è regola che l'azione pubblica non può procedere se non come forza pedissequa all'azione privata. Ora l'azione privata *è estinta per la rinunzia*: morta l'azione privata si paralizza necessariamente l'azione pubblica; dunque voi fate un giudizio *senza azione*; e questo è un assurdo.

Ma questo primo obietto ha il vizio dialettico della petizione di principio: perchè pone come assoluto che la rinunzia estingua l'azione penale del privato; lo che appunto è il problema che si deve risolvere. Le *azioni* non nascono se non per virtù della legge che attribuisce loro la esperibilità, e che impone ai Tribunali di dar loro corso e sanzione secondo giustizia. Quando la legge ha detto che per un dato fatto nasca a favore di alcuno un'azione, essa le ha dato vita: ma come la legge può dar vita all'azione così essa sola può definire le condizioni di quella vita: ed è per forza di questa sua potestà che essa (a modo di esempio) determina nella prescrizione e nella morte dell'accusato la cessazione di quella vita. Quando pertanto la legge ha disposto che l'azione penale del privato non si estingua per la rinunzia del dolente se questa non è accettata dall'imputato, la legge stessa ha mantenuto viva quell'azione semprechè non si verifica la condizione alla quale essa subordina la morte di quella. Si può dunque disputare da ognuno a talento proprio sulla convenienza politica di così disporre, ma non può senza circolo vizioso gridarsi che vogliamo fare un giudizio dove l'azione è morta. La remissione del leso non è che un perdono: esso è l'amnistia del privato. Ma anche nelle amnistie sovrane frequentemente si appone la condizione che lo amnistiato accetti il perdono del Principe: ed io stesso ebbi a difendere innanzi la Corte Regia di Lucca un imputato che ricusò l'amnistia perchè sentiva di meritare la assoluzione giudiciale che infatti ottenne, e nessuno lamentò che si facesse un giudizio dove l'azione penale era estinta, appunto perchè l'azione non si estingueva se non per virtù del concorde volere del Principe e dello imputato.

Una doglianza portata innanzi al Tribunale è un *quasi contratto* che interviene fra il dolente affermatore del delitto e lo imputato che ne contesta la verità. Niente vi ha di giuridicamente assurdo che sviluppi ancor qui la sua forza il noto broccardo, *saepe quod ab initio fuit voluntatis ex post facto fit necessitatis.* Era nella vostra pienissima libertà di far nascere il quasi contratto giudiciale col presentare querela contro di me; o di non farlo nascere

conservando il silenzio. Ma quando voi lo avete fatto nascere io sono divenuto *parte* in quel quasi contratto, ed ho ragione di volere che non si sciolga e si annienti senza consenso mio. Niente avvi di antigiuridico in tale concetto, e la legge che lo sanziona è perfettamente logica.

D'altronde se il querelarsi è un fatto eventualmente nocevole ad altri, egli è ben naturale che da questo fatto nasca un diritto nel querelato. Tale diritto è appunto quello di purgare il proprio nome dalla macchia della quale lo asperse ingiustamente l'altrui querela. E se questo è un diritto niente ripugna che la legge vi adatti tutte le azioni utili a sperimentarlo ed a farlo valere. Quando anche pertanto potesse in verità dirsi che la sola rinunzia estingue *ipso facto* l'azione del dolente, non sarebbe altrimenti vero che il giudizio proseguito oltre per la ricusa del querelato e sulle istanze sue, fosse un giudizio *privo* di *azione*. All'azione supposta estinta del dolente rimarrebbe superstite l'azione *purgatoria* che il fatto della querela attribuì al querelato: azione che ha per base il mio *diritto* a purificare il mio nome imbrattato da un fatto vostro; ed ha per obietto la pronuncia negatoria delle vostre mendaci asseverazioni.

E che avvi egli di antigiuridico in simili idee? Non è dessa universale nel diritto e per parecchi esempi moltiplicata la teorica delle azioni negatorie? Già nella materia delle servitù sa ognuno quanto sia grande l'uso dell'azione *negatoria*. Ma anche fuori di questa specialità risale al giure Romano ed è conservata fino ai dì nostri l'azione più generale della legge *diffamari*, e del giudizio che la pratica universale conosce sotto il nome di *giudizio provocatorio*. Voi millantaste una servitù sopra il mio fondo; voi andaste jattando dei diritti sopra la mia persona: io ho interesse che di quella servitù e di quei vantati diritti si faccia negazione solenne da un oracolo giudiciale che sia perpetua testimonianza della libertà del mio fondo, della libertà della mia persona: e tale interesse tutte le leggi civili riconobbero come sacro e meritevole di protezione, ed accordarono al diffamato la balìa di provocare il millantatore al proprio Tribunale per farlo condannare al silenzio; e compartirono un'azione per raggiungere questo fine. Inutilmente lo jat-

tatore verrà dicendo non volere esercitare l'azione confessoria, o la petizione che a lui darebbe la legge: voi eravate padrone di non emettere quelle jattanze: ma sorto una volta il fatto delle vostre jattanze, questo fatto in origine *volontario* in voi, fece nascere in me un diritto che vi pone nella *necessità* di subire la negazione giudiciale. Dove è la difficoltà per la quale si riproduca contro la millantazione di un delitto quella provvida misura che tutte le buone leggi accordarono contro la millantazione di un diritto civile? Se in faccia a questa si ritenne bestevole allo *esercizio coattivo* di un'azione una semplice jattanza stragiudiciale, come non dovrà tenersi bastevole ad altrettanto in faccia a quella una millantazione giudiciale estrinsecata in una solenne querela, documento che rimarrà perpetuo negli atti pubblici e nella reminiscenza dei miei concittadini? Se io posso *eccitare* ai fini civili la giurisdizione dei Tribunali per una vostra millantazione stragiudiciale, a molto maggior ragione io debbo potere *mantener viva* quella giurisdizione del Tribunale penale che voi stesso avete eccitato a mio danno; ed impedire che si sciolga quel quasi contratto nel quale voi v'impegnaste con me. Potrà (io lo ripeto) disputarsi sulla convenienza politica della controversa disposizione: ma non può davvero denigrarsi come contenente un assurdo giuridico. Nè vale la osservazione che il querelato ha il rimedio della querela di *calunnia* contro il denunciatore. Già tale objetto è frivolo in sè medesimo, perchè niente repugna che da un medesimo fatto nascano due azioni distinte: spetterà al legislatore lo esaminare se un'azione basti al bisogno, o se sia opportuno concederne ancora un'altra: e questa anche una volta sarà questione di convenienza. Mai però potrà accusarsi di errore giuridico il legislatore se dove già esisteva un rimedio ha creduto buono di accordarne un secondo o più pronto o più facile. Ma oltre a ciò il rimedio della controquerela di calunnia è insufficiente al bisogno della riparazione all'onor mio oltraggiato con una mendace querela; poichè le gravi difficoltà che s'incontrano a sostenere la querela di calunnia, e le facili scuse che ne rendono problematica la colpabilità, portano più di frequente a soffocare nella cuna simili accuse. E

neppure può opporsi che vi è l'azione civile per i danni, poichè ancor questa è evasiva. Si hanno tre azioni diverse, le quali si sostengono su tre *diversi fondamenti*; e che tendono ciascuna di loro a tre *diversi fini*. L'accusa di calunnia ha per fondamento il *dolo* del querelante, e tende alla *pena*. L'azione per i danni ha per base un *detrimento* da me patito, ed ha per fine le *indennità* civili. L'azione purgatoria ha per fondamento la mia *innocenza*, ed ha per fine di ottenerne solenne *proclamazione* per l'organo della giustizia. Io posso venir meno nella prova del *dolo* esercitando la prima: posso venir meno nella prova del *nocumento* patito esercitando la seconda, e soccombere in ambedue. Ma a me non cale nè delle indennità mie, nè della pena altrui: a me cale di fare splendida la mia innocenza al cospetto di tutti; e questo fine io non sono certo di ottenere per altra via tranne la insistenza sullo esaurimento del giudizio instaurato con la sua doglianza dal mio avversario. Non vi è dunque incompatibilità, non vi è moltiplicazione di enti inutili per parte della legge se questa oltre i due primi rimedi mi accorda anche il terzo, che per via più retta e più certa mi conduce al mio fine, il quale non è quello meno nobile della vendetta o del lucro, ma è quello soltanto di conservare la purità del mio nome.

Il secondo obietto che volle farsi contro la dottrina della accettazione consiste nel rilevare un preteso assurdo; anzi una iniquità nella ipotesi di più correi insieme querelati. L'uno dei correi (si è detto) accetterà la quietanza che verrà ricusata dall'altro: potrà accettarla l'autor principale del delitto e ricusarla il suo complice. Il giudizio allora proseguito oltre contro i soli ricusanti offrirà uno scandalo, vale a dire la possibile punizione del correo o del complice da lato alla impunità dell'altro correo, o dell'autor principale benchè dimostrati dal pubblico dibattimento più chiaramente e più gravemente colpevoli.

Questa obiezione è per altro più effimera della precedente: essa ha il vizio di provar troppo. La contradizione che qui si lamenta come uno scandalo giudiciario è congenita a tutti i reati che corrono sotto il nome di delitti di azione privata. Tranne pochissimi, nei quali per considerazioni tutte

speciali alcune legislazioni eccezionalmente sanzionarono la regola della INDIVIDUITÀ della querela e della quietanza verso più condeliquenti, ella è regola generale in questi malefizi che chi fu offeso da più persone abbia libera scelta di querelarsi contro uno dei suoi offensori, e tacere dell'altro; o di perdonare ad uno dei querelati e non perdonare all'altro. Trattisi di una truffa, trattisi di una ingiuria, o di altro reato analogo, può avvenire ogni giorno che si punisca il meno colpevole, mentre rimane impunito colui che dal pubblico giudizio risultò essere il maggiore delinquente. Nè in questa pratica osservata in tutti i tempi, mai fuvvi alcuno che ravvisasse assurdo od iniquità; perchè ammessa una volta la utilità del perdono o precedente o susseguente alla fatta doglianza non evvi scandalo che si vegga impunito un colpevole per virtù dell'ottenuto perdono, e punito un altro colpevole che non seppe procacciarsi il perdono. E se non genera scandalo questo difforme reparto di punizione e d'impunità fra i più compartecipi di un delitto quando ne è causa la volontà dell'offeso, come potrà gridarsi allo scandalo quando del disuguale trattamento fu causa la colpa e la pervicacia dello stesso offensore. Nel primo caso il condeliquente che subisce la pena sopporta le conseguenze del non aversi saputo meritare il perdono, lo che spesse volte può derivare piuttosto da uno speciale mal animo dell'offeso anzichè dalla colpa dell'offensore. Nel secondo caso il condeliquente che a solo subisce la pena sopporta le conseguenze della propria colpa e della propria temerità. Egli che doveva essere sciente della propria reità sperò d'ingannare la giustizia con una prolungata e menzognera ostentazione d'innocenza: egli speculò forse sopra un'azione di danni contro il dolente consequenziale all'inganno della giustizia. Si ostinò a ricusare il perdono; volle nutricarsi nell'odio, ma la sua pravità fu delusa ed il giudice lo chiarì apertamente colpevole: e se incorse la pena non saravvi occhio che pianga per commiserazione della sua tracotanza. E per ultimo il lamentato assurdo (se tale fosse) sarebbe anch'esso giornaliero e comune nei termini di amnistia subordinata all'accettazione, in faccia alla quale videsi non infrequente il

caso di correi che accettarono il regio perdono, e di correi che non lo accettarono tempestivamente; e della successiva punizione di questi concomitante alla impunità di quelli. Anche nella ipotesi dell'amnistia è la volontà dello stesso colpevole quella che lo priva del mezzo offertogli di salvezza; e che così lo sottopone alla punizione: nè perciò fuvvi alcuno che gridasse allo assurdo. Concludo da questi rapidi cenni che la necessità della accettazione potrà offrire tema di disputa nello elastico campo delle considerazioni politiche, ma non ci sembra davvero che possa condannarsi al disprezzo sotto il fulminante rimprovero di aberrazione giuridica.

Nè finalmente si obietti che questo inconveniente di non veder proclamata la sua innocenza sovrasta ad ogni cittadino ingiustamente accusato, per la necessità degli ordini veglianti tutte le volte che anche ad una azione pubblica sia stato troncato il corso con decreto di non luogo a procedere per insufficienza d'indizi. Voi andate troppo oltre (mi si dirà) con queste vostre argomentazioni. Se stabilite che per il solo fatto di essere stato preso a bersaglio da una accusa criminale il cittadino abbia quesito il diritto ad ottenere un giudicato che riconosca e proclami la sua innocenza, voi per logica deduzione di tale pensiero dovrete all'accusato concedere anche il diritto di non accettare il decreto di non luogo della Camera di Consiglio. E questo è assurdo e contrario a tutte le pratiche.

Simile obiezione (dove mai si facesse) sarebbe futile e di fallace apparenza, perchè non corre parità fra i due casi che mercè la medesima si vorrebbero parificare.

L'accusato ingiustamente che ottiene liberazione dal procedimento del giudizio mediante un decreto delle Camere di invio, ha sempre a suo favore una pronunzia giudiciale che lo ristabilisce integralmente nella pristina presunzione di innocenza. Egli deve la sua libertà allo *effato di giustizia*; non alla *misericordia* di un offeso, non ad un perdono che suppone la colpa, non ad una transazione che ognuno potrà immaginare comprata a denaro. Il primo porta alta la fronte, e ripete che non andò prigione perchè era ed è un galantuomo. Il secondo è sempre esposto a sentirsi dire

che la prigione egli evitò redimendosi col danaro, o approfittando della altrui commiserazione. Oltre a ciò corre altra differenziale fra caso e caso, perchè ciò che è necessità tollerare in faccia ad un'azione che deve presumersi sempre leale ed esercitata a buona fede per ragioni di pubblico ordine, non è tollerabile ugualmente in faccia ad una querela privata che può essere lanciata per leggerezza, per odio, o per maligno desiderio di molestare. Ciò che si permette ad un pubblico ufficiale non può ugualmente permettersi ad ogni querelante privato.

OSSERVAZIONE XX.

Si dimostra quanto sia grave l'errore di una legge che dalla identica condizione di una persona deduce due *presunzioni contraddittorie.*

Mai presunzioni juris et de jure in penale.

L'art. 490 § 1 del codice Sardo stabilisce che lo stupro debba *sempre considerarsi come violento* quando la persona stuprata non abbia ancora compiuta la età di 12 anni.

È questa una presunzione *juris et de jure?*

Ciò si è recentemente insegnato dal dotto Caruso in una sua polemica pubblicata nel *Giornale dei Tribunali*, *anno* 2°, *n.* 20, e stando ai termini di quello articolo del codice Sardo io concordo secolui che debba pur troppo dirsi così.

Il valente criminalista in quello scritto ha preso a combattere la tesi sostenuta da un nostro collega, il quale ha con grande sforzo d'ingegno tentato di dimostrare che in una accusa di simile natura dopo che i giurati abbiano risposto affermativamente alla prima questione se la persona stuprata fosse minore di anni 12, debba proporsi anche la questione successiva se lo stupro fosse *accompagnato da violenza.* Con quella tesi si veniva in sostanza a stabilire che l'art. 490 dettasse una presunzione *juris tantum* vincibile dalla evidenza contraria: e che siccome è possibile che una giovane di undici anni miseramente precoce nella malizia abbia non solo consentito al concubito, ma lo abbia ancora

essa medesima desiderato, eccitato, e procurato, così vuole giustizia che in faccia a tanta evidenza sparisca la presunzione della violenza così fisica come morale; e che si dia modo ai giurati di affermare la verità vera anzichè chinare la fronte ad un supposto manifestamente mendace. Ma per quanto la tesi suddetta non possa incontrare in punto di astratta ragione seria replica da chi non voglia sanzionare la condanna di un cittadino innocente e convertire il peccato in delitto, pure il Caruso è riuscito a dimostrarla inaccettabile a fronte della lettera del codice Sardo: ed io ripeto che concordo con lui.

Ma se per la necessaria obbedienza ai nostri ordinamenti di procedura concordo col collega Caruso nella sua interpetrazione del codice Sardo, disapprovo per altro anche in questa parte il codice stesso per la *contradizione* inescusabile e mostruosa nella quale è caduto.

Non tornerò qui a disputare sulla massima in punto astratto di ragione. Già troppe volte ho manifestato i miei pensieri decisamente avversi alla dottrina Carpzoviana della *violenza presunta* in ragione della sola non viripotenza della giovine subagitata. Già troppe volte con l'autorità dei più accreditati criminalisti della scuola alemanna del secolo passato e del secolo presente, ho sostenuto essere un vero assurdo lo ammettere *violenza* dove manca *un dissenso* che sia stato vinto dall'altrui forza o morale o fisica. Non farei che ripetermi tornando su questo argomento: ed inutilmente mi ripeterei, perchè le mie convinzioni quantunque conformi alla opinione prevalsa in Germania nella scuola e nella legislazione non sono accolte dai codici veglianti in Italia. La massima che la conoscenza carnale di giovine donzella al di sotto di dodici anni debba punirsi come *violenta* si adotta così dal codice Sardo come dal codice Toscano; e di questa massima in punto astratto non voglio adesso discutere.

Ma il codice Toscano nello adottare quella massima fu eminentemente *logico*, perchè insieme con quella aveva stabilito il principio che la ragazza al disotto di dodici anni fosse *a tutti gli effetti irresponsabile*. Al suo articolo 36 il codice Toscano stabilisce *la non imputabilità* del giovi-

netto di età inferiore agli anni dodici. Egli ordina che per reati commessi in quel periodo inferiore non si istituisca ricerca alcuna di malizia precoce; non si apra procedimento penale contro il giovinetto; mai vi sia a danno suo la possibilità di un giudizio e di una condanna penale. Siffatta disposizione imperiosamente *assoluta* è fondata sopra *la presunzione juris et de jure* che il minore di dodici anni sia incapace *di volontà razionale, e di consenso.*

Era pertanto eminentemente logico che adottata una volta la presunzione *juris et de jure* di *incapacità di consenso* nel minore di dodici anni al fine di ritenerlo sempre esente da dolo e da colpa, quella identica presunzione accompagnasse lo impubere Toscano in ogni suo rapporto giuridico; e che conseguentemente anche quando egli si fosse prestato spontaneamente ad essere passivo di atti venerei, si dovesse pur sempre presumere *incapace di consenso*, pel fine di ritenere che chi aveva usato carnalmente del corpo di quell' impubere avesse usato del corpo di persona non consenziente. Lo che (ritenuta la dottrina Carpzoviana che parifica il *non consenso* al *dissenso*) portava a ritenere a danno di chi erasi carnalmente approfittato di quel corpo il concorso della violenza. Così l'articolo 383, let. *b,* del codice Toscano era coordinato all'art. 36 dello stesso codice; e se poteva non aderirsi al principio accettato dal nostro legislatore, mai poteva per altro accusarsi il medesimo di contradizione e di incoerenza.

Non fu per altro logico il codice Sardo neppure in questo punto; dove anzi si impegolò in una inconciliabile contradizione: perchè dopo avere all'art. 89 ammesso nell' *impubere* la *presunta capacità* di consentire e di *volere* in qualunque delitto, ed in qualunque crimine (perduellione, falso, veneficio, parricidio) per il fine di sottoporlo ad un giudizio criminale e ad una pena anche duratura *venti anni*, venne poscia con insanabile contradizione nell'art. 490 a dichiarare assolutamente *impossibile* la capacità in lui di volere quando erasi prestato ad una fornicazione, o ad altri atti carnali, ai quali la natura troppo spesso erudisce con veloce precocità.

La contradizione di queste due proposizioni che l'una

contiene l'affermazione della *possibilità*, e l'altra l'affermazione della *impossibilità* dello identico fatto, è così palpabile che neppure la dotta penna di Caruso nè di qualche altro giurista potrebbe trovarle termini di scusa: e soltanto un Lemaistre od un Vouglans (se ve ne fossero ai dì nostri) potrebbero cinicamente sostenere giustissima cosa che un fatto si affermi quando a condannare giovi l'affermarlo, e lo stesso fatto si neghi quanto alla condanna giova negarlo; e ciò per la potente ragione (ma *ragione* non è) che la difesa sociale esige così; e che logica, giustizia e verità debbono starsi mute quando parla il bisogno della difesa sociale.

Avviciniamoci a qualche configurazione pratica, e comprenderemo agevolmente tutta la immensità dello assurdo. Flavia e Clelia sono due sorelle, miserabili figlie di donna perduta. Clelia ha undici anni; Flavia ne ha nove. Clelia precocemente sviluppata ha già preso a calcare le orme della madre; Flavia le presta abituale soccorso cercandole avventori e facilitando i congressi. La giustizia Toscana viene in cognizione di questo scandalo. Non processa nè Flavia nè Clelia perchè ambedue ritiene *incapaci di volontà razionale*: ma processa e condanna come colpevoli di violenza carnale coloro che del corpo di Clelia si approfittarono; e tutto al più in applicazione dell'art. 290 minora a questi la pena per la immoralità della femmina. Non così la giustizia Sarda. Questa processa gli amatori di Clelia ritenuta dall'art. 490 del codice Sardo incapace di volere; e contemporaneamente processa Flavia per il lenocinio abituale e venale da lei esercitato. E i giudici in obbedienza all'art. 490 dovranno irrogare la pena della violenza carnale agli amatori di Flavia, perchè per presunzione *juris et de jure* una ragazza di *undici anni* è assolutamente e sempre *incapace di volere*. Ma nel tempo stesso in coerenza dell'art. 89 convintisi della malizia e del discernimento di Flavia, condannano lei pure per lenocinio perchè giudicano in fatto che quella giovinetta di *nove anni fosse capace di volontà razionale*.

Ecco il *possibile* e *l'impossibile* posti a contatto e proclamati contemporaneamente intorno alla identica cosa dall'oracolo di una stessa sentenza.

Rispondasi se si può a queste obiezioni.

Si dimostri se si può che ciò è *giusto*. Ma io stimo davvero impossibile ogni risposta ed ogni giustificazione, perchè la contradizione è un contenuto irrecusabile di quelle due disposizioni; e perchè non avvi potenza di dialettica la quale valga a giustificare ciò che è contradittorio. Ed è contradittorio presumere, e non presumere al tempo stesso; è contradittorio presumere *impossibile* il consenso a undici anni, e presumerlo al tempo stesso *possibile* non solo a undici anni, ma eziandio (come vuole l'art. 89) a dieci anni, a nove, a otto, a sette, ed anche più abbasso. È ridicolo che si ordini al giudice di proporsi la questione sul discernimento dell'impubere sotto i dodici anni quando si è decretato che lo impubere al disotto di dodici anni non può avere discernimento.

La esemplificazione che ho fatto qui sopra può riprodursi sotto cento forme differenti. Può riprodursi nella giovinetta sorpresa a rubare, la quale abbia col proprio corpo guadagnato il silenzio del proprietario. Può riprodursi nella ipotesi di due giovinetti che abbiano vicendevolmente esercitato uno sull'altro libidini contro natura; in ordine a ciascuno dei quali potrà venire deciso con tutta serietà dall'oracolo della giustizia che esso aveva discernimento come attivo, ma non aveva discernimento come passivo. Ma è inutile dilungarci in esempi dove lo assurdo è palpabile.

Sia dunque pur vera in faccia al diritto costituito la dottrina che Caruso così gagliardamente sostiene con la sua consueta maestria: ma se questa dottrina è vera, la conseguenza inevitabile che ne discende si è che il diritto costituito è vizioso, anzi viziosissimo.

In faccia alla scienza, in faccia al diritto costituendo, io non do valore alcuno alle considerazioni *estrinseche* con le quali lo eloquente scrittore esorna la propria tesi. Concordo che debba aversi un riguardo all'allarme dei genitori che veggono contaminata la propria figlia. Ma questo allarme non desume la sua ragione da un anno più o meno di età che abbia la figlia: la desume dal saperla in prima pura ed onesta, ed oggi corrotta per opera del giudicabile. Nè lo allarme derivato *dal fatto del giudicabile* (solo criterio da valutarsi)

deve confondersi col *dolore* che genera la scoperta di una corruzione preesistente al fatto del giudicabile. E poi, ai bisogni politici della repressione non basta egli il titolo di *seduzione* senza simulare il titolo di *violenza* dove *violenza* non fu?

La verità non può essere che una. La giustizia non è giustizia se non si adagia sulla verità vera. Le verità *presunte* non equivalgono alla verità *vera*, perchè altro non sono tranne *finzioni* della legge, le quali possono *non essere vere*.

Mai dunque in penale *presunzioni juris et de jure*. Mai presunzioni autocraticamente imposte dal legislatore che obblighino il giudice a dichiarare vero ciò che la più palpabile evidenza dimostra falso. Sul letto di procuste non si amministra giustizia, nè possono consegnarsi le sorti dei cittadini alla coscienza dei giudici, imponendo loro al tempo medesimo di rinnegare la propria coscienza.

A giure costituendo io non transigerò mai su questi principii. Ma dove la legge ordina che la ricerca del discernimento nella impubere si proponga al fine di sottoporla ad una pena, è iniqua la legge stessa se vieta la ricerca del discernimento nella impubere al fine di non ridurre la pena di altri alla sua giusta misura. Non può esservi autorità di legislatore che induca a rispettare come buona l'affermazione del bianco e del nero nel tempo stesso.

OSSERVAZIONE XXI.

Si dimostra che una buona legge procedurale mai deve ammettere che possano in un processo criminale accettarsi testificazioni di persone che nascondono il loro nome.

Testimonianze anonime.

I vecchi pratici che si occuparono per largo delle condizioni necessarie ad un fidefaciente perchè meritasse fede in un giudizio criminale, conobbero due speciali figure di testimoni, che chiamarono testimoni *cortinati*, e testimoni *mascherati* od *anonimi*. Dettero il primo nome a coloro che si erano nascosamente preparati in luogo occulto per udire ciò che da un terzo artificiosamente chiamato colà si rispondesse ad apposite interrogazioni le quali si venivano facendo a lui da altri col preciso fine di estorcerne qualche confessione. E tali testimoni si ammisero; ma si tennero sempre come più o meno sospetti a seconda dei casi, per lo interesse che mostravano aver preso nel processo. Dissero testimoni *mascherati* od *anonimi* coloro le testimonianze dei quali si volevano intrudere nel processo senza che se ne conoscesse la *persona* ed il nome; sia perchè le attestazioni loro venissero portate in processo mediante scrittura anonima; sia perchè i detti loro si riproducessero in processo da testimoni giurati, i quali però ricusavano indicarne la persona ed il nome sotto il pretesto di averlo come segreto da non doversi violare. E questa seconda

specie di testimoni i pratici non si limitarono a dichiarare sospetti, ma vollero assolutamente reietti dal processo, inaccettabili, e tali da aversi per meno che niente.

È chiaro infatti al sentire di ognuno che se si ammettesse che una persona (per quanto apparentemente ineccezionabile) avesse balìa di comparire in giudizio ed affermare essere egli certissimo che il giudicabile fu autore del delitto al medesimo apposto, per averlo saputo da persone degnissime di fede che a lui ne fecero immediata la confidenza, soggiungendo però di non potere rivelare il nome di tali persone perchè promise il segreto; non potrebbero non prevedersi pericoli gravissimi alla innocenza come sequela inevitabile di tale sistema.

Primo vizio del medesimo si è che le guarentigie dalla legge ordinate a tutela dell'innocenza con le severe pene minacciate ai falsi testimoni divengono una vana parola: e la calunnia rimasta senza freno passeggia minacciosa per la città ad intimidazione di tutti gli onesti. Infatti non è possibile costruire la prova negativa, e dimostrare che lo incognito confidente fu una maligna invenzione del teste che è venuto a deporne. Si riesca pure per fortuna provvidenziale a chiarire che il fatto narrato era falso: rimarranno sempre a danno dello innocente le angustie ed i perigli patiti, ed a favore del maligno nemico la gioia di averli procacciati senza rischio nessuno.

Secondo vizio di tale sistema correlativo al precedente si è la impunità dei diffamatori e calunniatori stragiudiciali. Il testimone esaminato in giustizia potrà ben essere leale e sincero, ed aver dato fede alla impostura altrui, e tenersi per vincolo d'onore legato al segreto. Ma può essere un falsario ed un nemico il confidente segreto; il quale all'ombra del segreto fatto sicuro deriderà la giustizia, tutto lieto di avere condotto lo innocente a grandi disastri, se pure non lo condusse ad immeritata condanna: e sempre pronto a lanciare dalle sue tenebre novelli strali a danno dei più integerrimi cittadini.

Finalmente il vizio giuridico di tale sistema sta in questo che il giudizio si radica non sulla convinzione dei giudicanti, ma sulla convinzione del testimone, che per una

strana metamorfosi viene egli medesimo a tramutarsi in giudice del delitto. E di vero se il Giudice si pronunzia convinto di quel fatto non lo afferma già perchè nell' animo suo egli nudrisca fede nello incognito che non conosce, ma unicamente perchè egli si rende solidale della fede che dichiarò il testimone avere avuta in quello incognito: e così l'uffizio di Giudice non si fa dal Giudice ma dal testimone. Diverso è il caso quando il testimone narra *cose udite* senza che egli rammenti da chi, perchè con ciò non si pone in processo una prova inartificiale, ma soltanto un *indizio;* cioè lo indizio della pubblica voce e fama, che il più delle volte è remoto, e che come fatto in sè stesso distinto dal fatto del delitto sempre rimane in balìa della critica valutazione del Giudice nella sua *substantia indicii*, mentre esso è recato legittimamente in processo nella sua *substantia probationis*, perchè asseverato per sua certa scienza dal testimone che udì quella voce. Ma quando il testimone vuol porre in processo la asseverazione di un testimone *de visu* senza nomarlo, egli vuol costruire non più un indizio, ma una *prova diretta* del malefizio; la quale in questa forma è illegittima.

Qual è dunque il rimedio che vuolsi apporre dalla legge e dal Giudice contro un sistema così pericoloso e vizioso? Il rimedio non può essere che uno: quello cioè di costringere, quando si possa, il testimone misterioso a rivelare il conteste; e quando ciò non si possa per ragioni speciali, respingere allora quella subdola testimonianza, e non permettere che la pianta velenosa della calunnia ponga in processo neppure la più sottilissima delle sue nefaste radici. Non è questione (per quanto a me pare) di apprezzazione di prove da riservarsi ai giudici sovrani del merito: no, io la considero come questione di *legittimità di forma*, e per le stesse ragioni per le quali la Corte di Cassazione di Firenze cassò parecchie volte i giudicati condannatorii perchè nel processo orale si era fatta lettura di denuncie segrete e di atti puramente informativi, io vorrei che una sanzione penale colpisse di nullità tutti quei processi orali dei quali si fosse fatto mostruoso strumento un testimone mascherato od anonimo. Vi sono di quei mali cotanto gravidi di pericolo e di trepida-

zione per gli onesti che non si reca avverso loro sufficiente riparo tranne col portare la scure alla radice del male. E la necessità di portarvi la scure è troppo più urgente dove la sorte degli accusati è commessa ai giudici cittadini: perchè se può aversi fiducia che la esperienza di un Magistrato non rimanga vittima di simili tranelli, vi ha bene ragione di temere che eventualmente i giudici nuovi usciti dal seno del popolo possano per troppa reverenza verso la persona del testimone ambasciatore rimaner colti alle reti del teste mascherato. A questo pertanto pongano mente vigili e coraggiosi i sacerdoti della difesa, e se i nostri legislatori da altre cure assorbiti non si occupano di tutelare con sanzioni perpetue le libertà civili da certi soprusi, pensino essi che simile tutela incombe loro; e ricordino che baluardo delle libertà civili in Italia noi abbiamo le Supreme Corti di Cassazione, le quali alla sapienza accoppiano i più nobili sentimenti e la sublime coscienza della loro missione tutelatrice.

Certamente queste mie osservazioni parranno dardi lanciati al vento, e conati superflui per dimostrare quello che tutti sanno. Ma avviciniamoci alla pratica, e presto scorgeremo la piaga.

Vi sono certe posizioni sociali le quali fanno un debito a chi si trova nelle medesime della conservazione del *segreto:* e ne fanno loro debito sino al punto di accordare loro esenzione dal testificare, e dichiararli colpevoli di delitto per la rivelazione di segreti acquistati al mezzo della loro professione. Ed ecco che a quelle osservazioni generali testè premesse, le quali parevano cosa triviale neppur degna di discussione, sorge innanzi una ragione di dubitare.

Pigliamo ad esempio gli avvocati ed i confessori. La morale agli uni, la religione agli altri, e la legge civile ad entrambo impone il precetto del più geloso segreto su quanto venne a loro notizia ad occasione dello esercizio del rispettivo loro ministero. La legge li esonera da giudiciali interrogatorii su quelle specialità: la legge li colpisce di pena quando se ne rendano propalatori. Or bene applichiamo a costoro le mie osservazioni generali, e si comincierà a conoscerne la importanza.

La ipotesi può presentarsi sotto doppia forma. Un avvocato viene a deporre essere egli certo che quel giudicabile è innocente perchè altri a lui se ne confessò unico autore incaricandolo della sua difesa quando mai fosse scoperto. Un confessore viene a deporre che la spada della giustizia sta per colpire un innocente, ed egli ne è certo perchè un penitente a lui nel sacramento si confessò unico autore di quel misfatto. Ecco il testimone *mascherato* che giova alla difesa, e che non minaccia la innocenza ma la punitrice giustizia di un inganno pericoloso.

Si rovesci la ipotesi. L'avvocato fu chiamato a testificare e dichiarò essere colpevole l'accusato, ed egli saperlo per fermo perchè il complice di quello fece a lui confidenza del tutto incaricandolo del suo patrocinio quando ne occorresse il bisogno. Un confessore chiamato come testimone emette simile deposizione per notizia avuta da un suo penitente. Ecco il testimone *mascherato* che sembra giovare alla punitrice giustizia, e mette in pericolo la innocenza.

In ambedue queste ipotesi è impossibile costringere il testimone ambasciatore a rivelare il nome del fiduciario. Ciò sarebbe contro la morale e contro la legge. Che dovrà dunque farsi? Io ripeto la opinione da me emessa in ordine all'ambasciatore privato. Non si deve accettare quella testimonianza; non si deve porre negli atti processali; e se ne deve radiare se inconsultamente vi cadde. Non può ammettersi che indirettamente si faccia quello che direttamente è proibito di fare. Nessuno potrebbe comparire personalmente in un processo mantenendo l'incognito e senza dirci chi egli è. Dunque nessuno può prender parte probatoria in un processo mantenendo l'incognito neppure col mezzo indiretto della interposta persona.

Altri forse penserà doversi distinguere la prima ipotesi dalla seconda, e potersi ammettere la testimonianza anonima nella prima per il favore della difesa, e non doversi ammettere nella seconda per il rischio della innocenza. Ma, in quanto a me, non posso distinguere; perchè tengo il rito come sacramentale, e non ammetto transazioni sul rito.

L'argomento del segreto professionale o ufficiale è stato larghissimamente trattato da insigni scrittori sotto tutti gli

altri punti di vista, tranne quello sotto il quale io lo piglio adesso in esame. Si è cercato se il segreto professionale possa esimere non solo dal *deporre* ma anche dal comparire in giustizia, e valga ad esimere dalla pena della *renitenza:* e in Francia, dove tale problema si è presentato più volte praticamente, hanno oscillato le opinioni dai Dottori alle Corti, e dalle Corti inferiori alla Corte Suprema.. Si è profondamente studiata la materia rimpetto all'accusa di rivelazione di segreti, e si è disputato con discordi opinioni sull'ammettere o non ammettere eccezioni a tale colpevolezza. Le facoltà mediche hanno preso questo argomento ad obietto di profondi e prolungati studi speciali, e intorno ai limiti ed alle condizioni del segreto professionale sonosi pubblicati volumi dottissimi e degni di encomio. Ma tutti hanno finqui contemplato il *caso semplice*. Nessuno (per quanto io mi sappia) ha contemplato il *caso misto*.

Ora il *caso misto* in tema di rivelazione di segreti sorge allorquando non si mantiene il segreto sul *fatto*, ma si vuol mantenere sul *nome*. Il professionista narra con tutte le sue circostanze il fatto a lui rivelato confidenzialmente: ma nasconde il nome di chi vi dette opera, oppure il nome di chi fiduciariamente a lui lo narrò. Ecco quello che io chiamo *caso misto*, perchè in parte il segreto è serbato e in parte no.

Ora intorno a questo caso misto nasceranno senza dubbio grandi questioni in pratica quando al medesimo si voglia applicare la pena della rivelazione dei segreti: questioni che probabilmente dovranno venire risolute con prudente distinzione di circostanze. Ma sotto questo aspetto io qui non voglio nè debbo pigliarlo in esame.

Io contemplo il caso misto nella ipotesi di una processura criminale dove il professionista voglia mantenere il segreto sul *nome* del rivelatore, mentre rompe il segreto sulla *sostanza* della rivelazione. E dico che il Giudice deve respingere colui con un reciso dilemma: — « o voi vi stimate astretto dal vincolo del segreto, ed allora tacete e partite di quà: o voi credete che il pubblico interesse sia ragione che liberi la vostra coscienza dal dovere di custodire il segreto, ed allora dite tutto liberamente. La giustizia non

ammette transazioni nè reticenze; non ammette doveri per metà rispettati e per metà no. Essa cerca la luce e non vuole misteri. O dite tutto o partite. Io non posso registrare fra gli atti legittimi questa vostra dichiarazione, alla quale non posso dare altro valore tranne quello di una informazione di polizia. Voi siete un delatore e non un testimone: io non ho facoltà di costringervi a tradire il vostro segreto, ma posso e debbo negarmi a ricevere una mezza rivelazione: *o dite tutto o partite* ». — Ecco cosa io crederei dover dire a colui se come Giudice me lo vedessi innanzi; e se ad altri paresse che agissi male, io rimarrei tranquillo in coscienza.

Rimane adesso che io passi ad un'altra ipotesi, giacchè non mi ritraggo dal porre in luce l'ultimo obiettivo del mio discorso. Gli agenti di polizia sono certamente nel novero di coloro che hanno per debito di professione di conservare il segreto sul nome dei delatori dei quali si valgono per raccogliere notizie indispensabili al servizio che essi prestano al pubblico ordine. Io riconosco nello stato attuale di sonnolenza delle virtù cittadine la dolorosa necessità di tali strumenti e dei salari che loro si prestano. Io li accetto come una necessità, al modo stesso che accetto il letame per lo ingrasso dei campi, quantunque mal volentieri me ne lordassi le mani. Io non vado cercando se un delatore segreto potesse muovere criminale querela per titolo di rivelazione contro lo agente di polizia che lo avesse tradito: tale ricerca nulla mi riguarda al presente. So che la legge interdice ai Magistrati di costringere gli ufficiali di polizia a palesare il nome degli amici segreti dai quali attinsero le loro notizie: e rispetto quella legge, e la riconosco giustissima per una logica necessità. E finchè io veggo le informative degli agenti di polizia che riferiscono ai giudici instruenti le cose vere o non vere da loro raccolte, starsi nel fascicolo dei documenti estranei al processo, destinati a servire di guida al Giudice istruttore, e non a dar luce al Giudice decidente, io non mi commuovo per tali fatti.

Ma quando io veggo l'ufficiale di polizia tramutarsi in testimone processuale, e sotto il vincolo del giuramento venire a porre nel processo orale le narrative a lui conse-

gnate da sconosciuti, e consegnategli nella ombra del mistero senza guarentigia nessuna di veridicità, io mi commuovo e pavento. Pavento per la giustizia, pavento per me, pavento per tutti i miei, per tutti i più onesti cittadini. Giudice della veridicità del teste originario che non ebbe coraggio di presentarsi, non è più il Magistrato o il giurato: Giudice Supremo è lo agente di polizia, il quale autorevolmente dicendo che egli prestò fede al suo delatore perchè lo stima persona onestissima, pretende di imporre a coloro che sono anche giudici suoi la propria credenza e la fede da lui ostentata; dicendo, voi dovete essere convinti perchè sono convinto io. E forse quello anonimo era tale che non avrebbe osato al cospetto del pubblico, e sotto il presidio del giuramento e delle penalità, ripetere al giudizio orale quella fola che aveva audacemente asseverato nel guardiolo, perchè là aveva molto oro a lucrare e niente a temere. E forse era tale che se avesse mostrato la faccia alla pubblica udienza un fremito di ribrezzo avrebbe precorso le sue parole, e la comune indignazione lo avrebbe accompagnato giù per le scale. Ma intanto si corre il pericolo che a quella fede con tanta baldanza imposta dall'ufficiale di polizia si arrenda la coscienza meticolosa di qualche giurato troppo reverente e amorevole alla divisa: o per lo meno si corre pericolo che questi elementi di fango lascino negli animi di qualcuno una sinistra impressione che basti a dar corpo ad altri frivoli indizi, i quali non sarebbero stati isolatamente bastevoli a persuadere. Quando un elemento illegittimo si è posto in un processo criminale non si può mai calcolare quali ne saranno le conseguenze: giustizia vuole che a quello si chiuda la porta, e sia qualunque modo di sua intrusione perpetuamente respinto. Non ammetto transazioni sul rito. Ed è assolutamente illegittimo qualunque metodo mediante il quale abusando della credulità di un ufficiale di polizia la persona più infame del volgo, il pubblico lenone, la pubblica tollerata, il ladro per mestiero, ed ogni più sozzo rifiuto della infima società può riuscire a mettere la sua fola come fonte di prova in un processo criminale, nobilitandola ed accreditandola coi galloni dello ufficiale di polizia.

Io ripeto dunque con profondo convincimento la mia opinione anche in questa ultima ipotesi. Io rispetto il vostro segreto: ma prima rispettatelo voi medesimi. Finchè voi mi darete delle informazioni economiche, io Giudice istruente le terrò in quel conto che valgono, e ne userò secondo prudenza mia. Ma quando voi comparite in faccia a me Giudice decidente; e là nel solenne giudizio volete assumere la veste di testimone, o dovete dir tutto o non vi ammetto a dir niente. Rompere il segreto in quella parte sua che può nuocere ad un accusato, e serbarlo in quella parte che potrebbe servire alla sua piena giustificazione, è una iniquità. È una presunzione esigere che io sulla fede vostra creda a persona che non conosco, e che non osa comparirmi davanti. Io non voglio bruttare il processo con queste lordure; io non voglio porre la mia coscienza a repentaglio; e perciò mi rifiuto ad ascoltarvi. O dite tutto sì che da me si possa conoscere la persona che siffattamente v'informò; e direttamente udire ripetere da lui ciò che voi mi narrate, e per criterii propri valutare la sua credibilità, in guisa che io possa concludere — credo a lui perchè credo a lui; e non già con logica strana — credo a lui perchè credo a voi: o se persistete a negarmi i criterii per credere, la mia coscienza m'impone di non ascoltarvi.

OSSERVAZIONE XXII.

Si dimostra che quando il legislatore vuole descrivere una aggravante od una diminuente per qualche speciale delitto deve indicarla con formula che si connetta alla *ragione giuridica* di aggravare o di scusare, anzichè con la indicazione di qualche *accidentalità materiale* la quale non riproduca costantemente quella *ragione*.

Causa nei reati di sangue.

Due distinti (ed anzi diametralmente opposti) sono gli effetti che può produrre nei reati di sangue la contemplazione della *causa* dalla quale la mano colpevole fu spinta ad inferocire contro umana creatura. Talvolta opera come *degradante* e talvolta come *aggravante*.

Opera come *degradante* la causa quando procede da una situazione pericolosa nella quale versava l'agente; che mosso dal timore di un male sovrastante corse al delitto come mezzo di liberarsene. Allora la pressione che esercita il *timore* sulla volontà nel momento della determinazione criminosa presenta una minorazione di libertà, e conseguentemente un meno nella forza morale soggettiva del malefizio. E poichè il timore non è passione assolutamente riprovevole, così ne sorge una scusa. Questa configurazione si esemplifica fra gli altri casi nello *infanticidio*.

Opera come *aggravante* la causa quando ne sorge l'aggressione di più di un diritto, o quando per la medesima se ne accresce la diffondibilità del danno mediato, perchè rimpetto a siffatta cagione non basta la privata cautela ad

impedire di restar vittime di quella forma di reato; cosicchè nessuno avvi fra i cittadini il quale non preveggа per sè medesimo la ripetizione di quel pericolo. Allora la *causa* aumenta la forza morale oggettiva del malefizio, e conseguentemente la sua quantità politica: ed induce i legislatori a desumerne una aggravante. Questa seconda configurazione si esemplifica, fra gli altri casi, nella lesione personale inferita contro un *testimone per vendetta della emessa testimonianza.*

Ora io ricerco qual sia la migliore formula con la quale il legislatore venuto nel pensiero di statuire la *degradante* o l'*aggravante* da lui voluta in quelle due ipotesi dovrà esprimere siffatta volontà. Sarà buona la formula che accenni alla circostanza *materiale* donde nacque la *passione movente?* Oppure sarà migliore la formula che accenni direttamente a questa *passione movente?* Io credo pericoloso e meno esatto il primo metodo: e trovo esatto e senza pericolo il secondo metodo.

La *esattezza* e la *inesattezza* respettiva di quei due sistemi deriva da questo che la vera ragione o di scusare o di aggravare in quei casi sta tutta negli *effetti morali della passione: effetti morali* sullo agente nel caso della scusa: *effetti morali* sui terzi nel caso dello aggravamento. Ora facilmente si comprende quanto sia più esatta la formula che si riferisce alla *passione* nella quale sta la *ragione* del precetto; anzichè la formula che si riferisce alla *materialità* la quale non è in sè stessa la ragione del precetto ma soltanto la *occasione* che può far nascere quella ragione.

Laonde il *pericolo* della prima formula viene ad essere inevitabile tutte le volte che debba prevedersi come possibile la verificazione della descritta materialità senza che ne consegua la *ragione* che ispirò il legislatore ad aggravare o a scusare. Ad ogni caso nel quale si avveri questo possibile, è intuitivo che il giudice vincolato alla obbedienza della formula materiale dovrà applicare il precetto inesorabilmente anche dove non ricorre la ragione del precetto. Lo che renderà irragionevole la legge nel caso concreto, e ne farà un corpo senz'anima.

Illustro rapidamente questa tesi nelle due esemplificazioni

da me proposte portando uno sguardo critico sul codice Toscano quanto alla prima, e sul codice Sardo quanto alla seconda.

1°. *Infanticidio.* — Quali furono le ragioni che indussero i moderni legislatori ad abbandonare gli errori vetusti quanto al reato di *infanticidio*, ed a punire questo reato con più mitezza tanto se fu premeditato quanto se fu improvviso, ed a farne così non più un omicidio qualificato ma un omicidio degradato? Molte se ne recarono innanzi dai difensori del sesso debole: ma la meglio sentita, la più calzante ed accettata, fu quella della *passione movente* e della coazione psicologica che questa esercita sulla femmina illecitamente fecondata. Ciò portò a rettificare la nozione dello infanticidio, ed a fare condizione essenziale di questo titolo la illecita fecondazione dalla quale potevano scaturire i pericoli della donna e la trepidazione che la spingeva al delitto. E poichè questi pericoli potevano aver due forme, e queste forme presentavano due gradi differentissimi di atterrimento, così la giustizia distributiva imperava che la degradante si moderasse sulla proporzione di quelle due forme di pericolo e di timore. E così fu fatto. Costituita la *essenzialità* del titolo nella illecita fecondazione, si valutò in primo grado la *tema della perdita dell'onore*, e si degradò la pena al disotto di quella dell'omicidio respettivamente o premeditato o improvviso. Poi si valutò la più grave forma di pericolo e di timore, quello cioè delle *sovrastanti sevizie:* e si abbassò ancora di più la pena per questa seconda eventualità. Questa è la teorica adottata dal codice Toscano, ed esso è per questo lato incensurabile. Ma fu desso ugualmente felice in tutte le formule con le quali espresse questa teorica?

La circostanza delle *sovrastanti sevizie* fu nell'art. 318 del codice Toscano descritta benissimo; fu descritta con la formula puramente ideologica: formula esatta, che ognuno intende, e che non può dare occasione di equivoci. All'infimo della penalità contro la infanticida (disse l'art. 318) devesi discendere quando la femmina agì *per evitare sovrastanti sevizie.* Questa formula benchè non esprima in termini la idea del *timore*, pure lo ha per suo necessario contenuto: e la particella *per* accennando esclusivamente

al *fine* dello agente ritrae al vero il concetto *psicologico* anzichè il concetto *materiale*. La ragione della mitezza era quel *timore*; e il legislatore lo disse in modo abbastanza univoco. E nessuno potrà ingannarsi sull'applicazione di quel precetto. Il giudice od il giurato indagheranno se fuvvi o no nella fanciulla incinta ragionevole occasione di temere danni personali a sè medesima, ove si fosse scoperto il suo fallo: dove non la trovino respingeranno la eccezione; dove la trovino si abbasserà la pena: e mai vi sarà pericolo che la pena si abbassi dove non concorre la ragione dello abbassamento.

Ma il legislatore Toscano non seguì lo stesso metodo quando statuì il primo grado di quella scusa, quando cioè contemplò il caso semplice del pericolo dell'onore scompagnato dal pericolo personale. Per essere coerente egli dopo definita la nozione generica dello *infanticidio* indicandone la essenzialità nella illecita fecondazione, avrebbe dovuto descrivere il primo grado di abbassamento di pena con la formula puramente ideologica: e come nel secondo caso veniva felicemente a ordinare la ulteriore degradazione a favore di chi avesse agito *per evitare* sevizie; così avrebbe dovuto circoscrivere il primo grado di scusa a chi avesse agito *per salvare l'onore*. Ma ciò non piacque al legislatore Toscano, e nell'art. 316 la degradante che aveva la sua unica ragione giuridica nello *stato psicologico*, descrisse indicando una condizione *materiale*, quella cioè dello *illecito concepimento*: e non avvertì che questa condizione *materiale* poteva in casi non rari verificarsi senza la concomitante dello *stato psicologico* costituente la scusa.

E che questa combinazione, o a meglio dire questo disequilibrio, possa facilmente avverarsi, ognuno lo comprende ed ognuno ne sente nell'animo i caratteri differenziali. Suppongasi che la strage dell'innocente creatura si consumi da una meretrice patentata: potrete voi ammettere che costei agisse *per salvare l'onore!* Potrete voi ammetterlo quando la donna (sebbene non ascritta al bordello) fece pubblica mostra di sè e della sua gravidanza; la palesò cinicamente ai conoscenti e agli estranei quasi menandone vanto; partorì senza mistero; e poi uccise il bambino dopo averlo reso

ostensibile a tutta la contrada! No: voi dovrete dire che costei agì per brutale ferocia, per tedio della prole e delle cure materne, per un movente barbaro ed inescusabile. E malgrado ciò la lettera della legge vi imporrà di scusare questa Medea.

Se per meri riguardi alla quantità politica dell' *infanticidio* posto a confronto con l'omicidio, si voleva per *regola generale* punir meno quello di questo, ciò poteva trovar buone ragioni nella dottrina ontologica; e ciò poteva esser giusto. Ma non è giusto che siasi venuta da un codice filosofico come il Toscano a *cancellare affatto* la *scusa* del pericolo dell'onore: e questa *scusa* si è cancellata quando si adeguano nella pena la svergognata Taide e la vereconda giovinetta che ruinò al delitto per impeto di pudore. È vero che i Magistrati Toscani (e lo ricordo ad onoranza loro) ripararono praticamente a questa lacuna ricorrendo all'art. 64, e irrogando talora alle infanticide soli sei mesi di carcere. Ma i ripari della sapiente giurisprudenza non cancellano il vizio della legge.

2°. L'art. 544, n. 3 del codice Sardo descrive una speciale aggravante delle ferite o percosse con la seguente formula — *se il reato è stato commesso per vendetta sopra testimoni che hanno deposto in giudizio.* Uguale pensiero si riprodusse nel progetto della Giunta Ministeriale all'articolo 332, lett. *c*; ed anzi questo progetto estese l'aggravante stessa anche all'omicidio con l'art. 334, lett. *d*, ed in ambo i luoghi l'espresse con la seguente formula — *quando è commesso in persona di un testimone per causa della testimonianza.*

Tutti i reati di sangue quando non si commettono per una causa o per un fine più scellerato si ispirano sempre al pensiero della vendetta di un torto patito. Qual può essere la ragione di considerare come più odioso questo comune movente quando il *torto* che si volle vendicare consistette in una deposizione fatta dall'offeso in giustizia a danno dell'offensore? Evidentemente il criterio dello aggravamento non può essere che un rispetto alla pubblica *giustizia;* sì perchè si mostra un animo ostile alla medesima; sì perchè se ne impacciano i futuri movimenti mercè la intimidazione

dei chiamati a testificare. Or bene; se questo e non altro è il criterio giuridico che può giustificare quella aggravante che nelle vecchie leggi Toscane rientrava nella generale qualifica della causa irragionevole, ciò dovrà rivelarsi dalla lettera della legge; e questa dovrà essere formulata in tal guisa da circoscrivere lo aggravamento ai soli casi concreti nei quali effettivamente si incontra da un lato *l'odio contro la giustizia*, e dall' altro lato il bisogno di *proteggere la giustizia* nelle sue legittime operazioni. Ma se invece l'aggravante si esprime in guisa da farla servire alla protezione di una *ingiustizia*, e alla difesa di una scelleraggine, il criterio è falsato, ed il pensiero giuridico al quale volle dare sanzione il legislatore è manifestamente tradito. Tale pericolo sorge inevitabile dalle due formule testè riferite, e dalla seconda peggio assai che non dalla prima.

Ponete che un testimone abbia fatto una falsa testimonianza in un processo, la quale abbia condotto Cajo innocente a subire parecchi mesi di carcerazione preventiva. La falsità si è scoperta, e Cajo fu liberato: anzi la giustizia andò più oltre, e processò e condannò quel falso testimone. Ma Cajo non può dimenticare i danni patiti, nè vincere l'odio contro il suo perfido nemico. Avviene un incontro; nasce un diverbio; un rimprovero da un lato; una millantazione dall'altro lato, e Cajo vibra un colpo al falso testimone, e lo ferisce o uccide. Chi voglia a questo ferimento od omicidio improvviso applicare la qualifica, potrà asseverare sul serio che la qualifica è richiesta dal rispetto alla pubblica giustizia o dal bisogno di tutelarne le operazioni? Nessuno oserebbe dir questo. Ma pure sotto lo impero degli articoli surriferiti il giudice deve inesorabilmente applicare la pena più grave; e dichiarare il reato come qualificato dall'*odio contro la giustizia*, mentre in verità mosse dall'odio *contro una ingiustizia*. La lettera della legge non distingue. Si qualifica il reato di sangue quando *cade sopra un testimone*. E cade sopra un testimone il reato di sangue *per causa o per vendetta della fatta deposizione* tanto se questa deposizione era veritiera quanto se era spudoratamente falsa; tanto se era lo adempimento religioso di un dovere cittadino quanto se era una volontaria scelleratezza riconosciuta e dichiarata

tale dalla condanna del testimone. La legge si appaga della pura materialità di fatto di una eseguita deposizione: essa non distingue, e dove non distingue la legge non può distinguere il giudicante. Che se i giurati avranno intelligenza e coscienza, mentiranno alla verità materiale rispondendo non essere constato che il ferito o l' ucciso avesse fatto una deposizione: e faranno il meglio che sarà in loro potere (quantunque i barbassori vengano poscia a gridare che i giurati hanno fatto di bianco nero) perchè avranno obbedito ai precetti di ragione dimenticati dal legislatore.

Quando pertanto si voleva mantenere questa qualifica, della quale hanno saputo fare a meno tanti altri codici, si doveva non limitarne la descrizione alla referenza di un fatto materiale ma insinuarvi il concetto ideale dell'*odio contro la giustizia.* I concetti ideali sono sempre chiari, intelligibili a tutti, e non falliscono mai. Essi sono la vita dei fatti, e con i mutamenti loro tramutano i caratteri giuridici dei fatti stessi. Viziosissima dunque è sempre ed in ogni sua applicazione la manìa di contemplare il *fatto* nel *fatto* con gretta casuistica, anzichè contemplare nella sua generalità il pensiero che nei rispettivi casi dà al *fatto* la sua importanza giuridica.

OSSERVAZIONE XXIII.

Si dimostra che il legislatore si rende ridicolo quando converte in articolo speciale di legge gli effati del senso comune: e di più cade nel vizio di poca previdenza quando dopo ciò dimentica la sanzione del precetto.

Disposizioni inutili e pericolose.

Dirigete alla più rustica villanella la seguente interrogazione: se andando la sera al vostro pollaio per pigliarvi un pollo onde imbandirne la mensa della dimane vi trovaste ad avere afferrato per equivoco la vostra gallina, cosa fareste? *Cosa farei? Vi vuol poco a dirlo: darei la via alla gallina e tornerei a cercare il pollo.* E chi è che detta alla rozza massaia questa semplice risposta? Il SENSO COMUNE.

Continuate adesso ad interrogarla. E se voi essendo giudice aveste ordinato la carcerazione di Cajo; e le guardie per equivoco avessero carcerato Sempronio che non ha colpa, cosa fareste? *Cosa farei? Poco vi vuole a dirlo: libererei Sempronio e rimanderei le guardie in cerca di Caio.* E chi detta alla femminuccia volgare quella risposta? Il SENSO COMUNE.

Ma per i legislatori del 1865 il *senso comune* è cosa che non si presume negli agenti dell'autorità; laonde credesi necessario di convertirne i più spontanei precetti in altrettanti dettati di legge, positivi, solenni ed espliciti.

Ecco l'articolo 195 del nuovo codice di procedura penale — ivi — *La persona arrestata sarà tradotta avanti l'autorità che ha rilasciato il mandato: se questa riconosce che la persona arrestata*, NON È QUELLA CONTRO CUI FU RILASCIATO IL MANDATO, LA FARÀ RIMETTERE IN LIBERTÀ *redigendo verbale.*

Oh! preclara sapienza del nostro legislatore! Ossequio meraviglioso ai principii di umanità e di giustizia! Senza questo provvido precetto dell'art. 195 il giudice avrebbe seriamente dubitato che quell' infelice dovesse sostenersi in carcere a scontare il delitto di essere stato preso per isbaglio. Era questa presso a poco la teorica dei vecchi difensori della tortura, i quali dicevano (ed anche questo sul serio) che la tortura era *giusta pena dello aver dato occasione di sospetto.*

Ma viva Dio la scienza penale non è rimasta così addietro in Italia, nè il senso morale dei giudici è così alle basse, che possa tenersi opinione di fare scontare ad uno innocente lo *errore di persona* incorso da un agente di polizia. Questo precetto è dunque ridicolo a tutto rigore di termini.

A qual fine fu egli dettato? Al solo fine di far mostra di sapienza, di previdenza e di umanità: al fine di far pompa di cose nuove, al tempo stesso che nell'art. 196 si ordinava non doversi trascinare in carcere lo arrestando senza le necessarie cautele quando si fosse trovato giacente in letto e seriamente infermo. Queste, ed altre simili disposizioni superflue, servono ai redattori per millantare sapienza e novità progressive, e scroccare elogi dai corti intelletti: ma non sono che insulse ridicolaggini.

Ma il male di siffatte disposizioni non si limita alla semplice superfluità eccitatrice di riso. Il male è più grave ed è di sostanza, perchè tali disposizioni si è ben guardato il nostro legislatore dal corroborare con una sanzione. Mai no, che questo non deve farsi. Cadrebbe Italia in rovina se una volta sola quando si è detto agli agenti della autorità *voi dovete far questo*, si fosse avuta la temerità di soggiungere, e *se nol farete sarete puniti come colpevoli di abuso di autorità, o di mancanza in ufficio;* o altrimenti si fosse adietta una *sanzione* qualunque che mostrasse la *serietà*

del precetto, e la ferma volontà del legislatore di vederlo costantemente osservato. Ma no: questo non si vuol fare perchè si vuol tenere alto il principio di autorità, e stoltamente si crede che il principio di autorità si sostenga col sostenere li abusi e mantenerli impuniti.

Se il precetto si fosse tralasciato sarebbesi potuto pensare che il fatto contrario al senso morale, ai principii di umanità, alla stessa legge di natura, rientrasse nella categoria generale degli abusi di ufficio repressi con la sanzione *generale* di questo titolo. Ma col formarne precetto speciale di legge, e serbare *silenzio assoluto* sui modi di repressione, si è condotto lo interpetre a ravvisare nel caso specialmente previsto una *legge speciale completa* sull' argomento: alla quale non avendo il legislatore adietto alcuna sanzione ha voluto precisamente sottrarlo alla sanzione generale. E così ciò che doveva essere precetto si è convertito in consiglio. In quanto a me non esito a pronunciarmi. Se la legge avesse affatto taciuto sui casi dell'art. 195 e 196 ed altri consimili, essendone patente la iniquità, io non avrei esitato a condannare come rei di violata umanità e di abuso di potere le guardie che senza le debite cure avessero strappato dal letto del dolore un infermo per trasportarlo nella prigione; o il giudice che dopo avere riconosciuto l'equivoco di un arresto si fosse ostinato a tenere in carcere l'innocente. Ma quando di simili dettati il legislatore ne ha fatto una istruzione disciplinare senza *sanzione*, chè è quanto dire ha convertito il precetto in consiglio, io mi troverei a fronte la regola assoluta di ermeneutica *in toto jure generi per speciem derogatur*, e non mi crederei autorizzato a perseguitare con le regole generali un caso speciale che dal legislatore si contemplò come una *eccezione*. Capisco benissimo che gli esecutori avrebbero anche senza ciò una felice scusa nello *errore di fatto:* ma quì nei termini generali sorgerebbe in molti casi la disputa sulla vincibilità dello errore, equiparata da quelle regole alla *colpa*; e sarebbe ad esaminarsi se ciò che è *punibile* in ogni privato fosse a cuoprirsi di un velo nell'arresto illegittimo commesso da un pubblico funzionario. Ad ogni modo poi questi dubbi non sorgerebbero nella seconda ipotesi della *detenzione arbitraria:*

e quando al giudice si fosse fatta certa la *non identità* del detenuto, egli nella legge generale che vieta ogni arresto ed ogni detenzione del cittadino contro il quale non fu emesso il legittimo mandato, troverebbe gli elementi della criminosità impossibili ad eliminarsi in tale ipotesi col pretesto dello errore. Questo avverrebbe indubitatamente se ai pubblici funzionari non avessero fornito una perentoria difesa gli articoli 195, 196, ed altri simili.

Fu egli questo dunque lo spirito di quei dettati; fu lo intendimento di far conoscere ai cittadini che un arresto ed una detenzione comunque ingiusta non dava loro diritto a reclamo quando era eseguita da un pubblico funzionario? Io non voglio dir ciò. Fu leggerezza, fu irriflessione; e fu principalmente la manìa di far pompa di *novità liberali* le quali poi nella sostanza niente avessero di liberale. Così l'art. 195 del nuovo codice fu letteralmente copiato dall'articolo 195 del codice del 1859; come già questo primo articolo erasi letteralmente copiato dall' art. 187 del codice di procedura dato al Regno di Piemonte il 30 ottobre 1847, dal magnanimo Re Carlo Alberto. Questa è la genesi delle disposizioni che noi censuriamo. Nè si impugna da noi il liberalismo di quel generoso Principe e degli uomini che a quell'epoca ne formavano i sapienti consigli. Tolga Iddio che si scagli contro noi tale accusa. Sì: le vedute di quel Governo erano liberali. Ma era tuttavia un governo assoluto. E quel liberalismo era tale quale esigevano i tempi, e quale era compatibile con le nostre condizioni politiche di 25 anni addietro. Erano i primi tentativi di riforme che dovevano iniziarsi con mano cauta e prudente: e doveva essere così; e non è occasione di biasimo se fu fatto così. Ma per natura loro e nelle stesse vedute di quel Governo, le riforme d'allora, che tuttavia può dirsi rimanessero in embrione nella mente dell'ottimo Principe, erano destinate ad un graduale progresso. Tutto il male pertanto lo fecero i nuovi legislatori, i quali vollero rendere stazionarie quelle riforme, o per inerzia o per errato consiglio o per una devozione a careggiate riminiscenze. E non si avvertì che le guarentigie del procedimento penale, le quali potevano essere sufficienti ad una libertà che era tuttavia nella cuna, divenivano grette

e meschine, ed erano un vero anacronismo, quando si mantenevano sotto una libertà fatta adulta, e solidamente costituita. Non si avvertì che copiando quel vecchio codice si dava all'Italia parlamentare una legge che non era nè formata nè discussa da un Parlamento. Qui sta la fonte di tutti i dolori. E ciò si è fatto (cosa incredibile) precisamente nella materia della procedura penale; in quella materia che ottimamente diceva testè lo illustre Conforti costituire il palladio di tutte le libertà.

La storia del procedimento penale Italiano presenta agli occhi di chi voglia imparzialmente e freddamente studiarla tre fasi distinte, ciascuna delle quali vuol essere apprezzata e giudicata con criterii distinti.

La prima fase è quella del 1847. Momento di agitazioni e di conflitto memorabile tra speranze, desiderii, e timori. E di questo periodo (che può con verità nomarsi il crepuscolo espertino del risorgimento Italiano) ho già detto abbastanza; e mostrato il perchè dovesse il novello procedimento penale nascer come nacque, e dovesse meritare encomio ed accettarsi con grato animo quantunque informe ed inadequato ai bisogni della tutela giuridica del cittadino. Tutto è detto quando è ricordato che era sorto peranco il sole del 3 marzo 1848.

La seconda fase fu quella del 1859. Dopo oltre tre lustri di solida prova fatta nel Regno Subalpino delle franchigie costituzionali, e quando lo statuto fondamentale mettevasi in cima ad una bandiera sotto la quale già cominciavano a raggrupparsi le diverse genti d'Italia, si sarebbe dovuto e potuto porre al fianco del patto fondamentale un codice penale ed un codice di procedura i quali compissero il tripode delle libertà civili e politiche del novello Reame. Si sarebbe dovuto e potuto fare così, ma pur non si fece per varie cagioni, che sono ugualmente meritevoli di scusa. Non si fece perchè il nuovo Regno non era ancora compiuto, e mentre tuttavia palpitavano i cuori degli Italiani sulla incertezza del suo compimento doveva bene calcolarsi che lo assetto definitivo delle leggi era a serbarsi al Parlamento generale che venisse a rappresentare le provincie tuttavia disgregate. Non si fece in secondo luogo, perchè i tempi

grossi di pericoli e gravidi di lotte guerriere male si adattavano a studi severi e pacifici, ed intanto urgeva di legare a se per immediati vincoli la Lombardia ed i Ducati. Non si fece finalmente (deve pur dirsi) anche per più nobili sentimenti. Lo spirito riconoscente degli Italiani verso quel grande che a pericolo della vita e della corona aveva iniziato l'italo risorgimento faveva apparire brutto ed ingrato il fatto di demolire le volontà di quell'uomo che aveva portato la prima pietra al novello edifizio. In quel primo momento conservare i codici di Carlo Alberto e presentarli all'Italia come il primo effato di uno slancio generoso era forse una doverosa reverenza: e i cuori gentili degli Italiani lo compresero e si interdissero ogni parola di censura. E se mi è lecito citare me stesso per citare chi certamente mai dette segno di paura nel censurare le male leggi, ricorderò che nei miei scritti fino al 1866 mi astenni da ogni biasimo contro la legge procedurale del 1859 perchè appunto capiva che in quella fase essa non poteva nascere altrimenti da quello che nacque.

Ma al 1865 aprivasi una terza fase la quale tutte quelle ragioni faceva cessare. Era il tempo, che mostrando assodato il Reame, assodate le libertà costituzionali, faceva sentire al popolo di avere diritto che le libertà politiche per le quali esso aveva sparso cotanto sangue, si vedessero cementate con le libertà civili senza le quali le prime si riducono ad una sterile aspirazione. E cementare solidamente in armonia con un regime costituzionale leale e sincero le civili libertà non si poteva senza una radicale riforma delle penalità e dei procedimenti criminali. A questo momento della nostra storia non eravi ragione di aspettare, di tardare, di esitare, e di procedere a tentone in cosa di tanto momento. Ed il mal fatto a questo periodo non ebbe più motivi nè di giustificazione nè di tolleranza.

Ma a questo punto il male provenne da altre più gravi cagioni. Erasi venuto formando allora in Italia un partito che aveva assunto il nome di *conservatore*: questo partito erasi fatto forte di eminenti ingegni e di liberali di buona fede, almeno nella sua maggioranza, e sempre più veniva a farsi forte per le esagerazioni altrui. Alla fidanza ed alla

alacrità volonterosa del correre era succeduto un sospetto fatale che esprimerò nel suo genuino concetto, *il timore di correre troppo;* ecco tutto. Ed era buono che si facesse una sosta agli impeti strabocchevoli; ma non era buono che da quel partito si assumesse un *nome* che mentiva a sè stesso. Oh! i nomi! i nomi! Sembra impossibile che nella vita dei popoli un *nome* valga talvolta ad esercitare potentissimo influsso ed a cagionare effetti meravigliosi e talvolta inesplicabili alla prima loro appariscenza. Eppure è così. E tutte le storie fanno prova di questo fenomeno agli occhi del filosofo che freddamente le medita. Noi siamo *conservatori* gridarono gli uomini di questo partito; la nostra divisa è quella di conservare la unità italiana, la Monarchia Costituzionale, e tutti gli ordini che il Governo costituzionale ha portato con sè. Ottimamente. Ma questi uomini dovevano esser logici e strettamente aderire alla loro divisa: non dovevano (io voglio dire) farsi *retrivi* sotto il nome specioso di *conservatori.* E questo è ciò che fatalmente avvenne loro nelle materie penali. Essi non si avvidero che conservando le tradizioni del codice subalpino al quale si era dato il nuovo battesimo del 1859, essi non conservavano già i monumenti del Regime Costituzionale ma riconducevano il reggimento libero sotto la signoria degli ordinamenti di un Governo dispotico. Ciò che nel 1859 erasi fatto per la urgenza e la necessità del momento, e la reverenza di un nome augusto e benedetto, si ripetè nel 1865 in quanto al codice procedurale per un abbaglio maliziosamente coltivato da certi uomini che mentre erano in cuore radicalmente *retrivi* mascheravano l'affetto pei ruderi delle vecchie catene sotto il seducente nome di *conservatori.* Ma io, col confronto dei testi e con la storia alla mano, non consentirò mai che nel parto improvvisato il 1859 come pretesa riforma degli ordinamenti penali si abbia a venerare un figlio legittimo del reggimento costituzionale. Per me le penalità barbare dell'uno, e le sue false nozioni e certe esagerazioni di castighi, sono ruderi dei tempi infelici; come ruderi dei tempi infelici sono nell'altro codice li effrenati arbitrii e supremazie concesse ad un organo del potere esecutivo, che invano si è dato a credere di avere abbastanza rigenerato col solo mutare il nome di

Avvocato fiscale in quello di Procuratore del Re: e lo è il nessun rispetto alla libertà personale dei cittadini, e lo è la protezione ed i privilegi degli agenti governativi. Quando queste ultime reliquie del medio evo siano cadute in frantumi in faccia al genuino svolgimento delle libertà costituzionali, allora, ma allora soltanto, potremo dirci senza menzogna conservatori del regime novello. Ma finchè si vogliono come pretese figlie di questo mantenere in pregio le tradizioni di altri tempi e di altri Governi (permettano francamente lo dica) noi non siamo *conservatori* ma siamo *retrivi*.

OSSERVAZIONE XXIV.

Si dimostra che in un vasto regno composto di diverse provincie le quali hanno raggiunto differente grado di civilizzazione il desiderio di sottoporre tutte quelle provincie ad una *identica legge penale* è ingiusto e disutile.

Unità di legge penale.

Mais l'unité n'est pas la même chose que l'uniformité: autant la première est bonne, autant la seconde et funeste. L'unité est la vie, l'uniformité est la mort.

POITOU, La Liberté civile, pag. 95.

Fino dall'anno 1865 pubblicai una dissertazione (riprodotta poscia nella edizione Giusti dei miei *Opuscoli*, 1870, *vol.* 2, *op. XI*) dove assumeva la trattazione del problema *se la unità sia condizione del giure penale.* E su questo problema io sostenni recisamente la negativa. Quello scritto aveva per suo scopo (come ognuno lo comprese) di opporsi alla minaccia sovrastante alla provincia toscana che la unificazione del giure penale desiderata in Italia riconducesse l'uomo belva in quella provincia, e traendo dietro a lui tutta la congerie di ordini severi e retrivi ormai disusati in Toscana facesse retrocedere di oltre un secolo la sua civiltà.

Il concetto di quello scritto era audace ed urtava molte suscettività; e sopra tutto faceva paura ai conservatori la previsione delle conseguenze morali che avrebbe avuto lo esempio permanente di una provincia che nel centro d'Italia si mantenesse tranquilla e prospera senza il presidio del manigoldo e senza un codice penale di ferro. Pure pubblicai i miei pensieri perchè mi parvero fondati nel vero.

E nel vero devo persistere a crederli fondati, poichè quantunque fosse grande in molti la bramosìa di opporsi a quella mia tesi, e molto esteso il pregiudizio che la osteggiava, pure in sette anni non vidi apparire una seria confutazione dei miei argomenti.

Non si osò abbassarsi a ragionare con me (umile privato) perchè troppo ardua cosa è per alcuni lo accingersi a ragionare. Ma invece si prese il facile sistema della autocratica impugnativa; sistema che tanto piace ai retrivi. Di tal guisa nel secolo passato agli argomenti opposti contro la tortura si rispondeva oracolarmente *non è possibile scuoprire i delinquenti senza il sussidio della tortura;* così in altri temi consimili. Così lo Ambrosoli nel rapporto presentato nel decembre 1870 a nome della Commissione nominata con decreto ministeriale del 3 settembre 1869 si immaginò di aver confutato vittoriosamente quella mia tesi con le parole che qui sotto trascrivo. Questo è tuttociò che io ho veduto in risposta a quella mia elaborata dissertazione: e questo io trascrivo testualmente ed integralmente perchè ognuno possa erudirsi intorno al modo col quale ragionasi in certi ambienti: modo che farebbe invidia ad un Eubolide. Ecco le parole dell'Ambrosoli — *E lo stesso si dica dell'ultimo argomento a cui ricorrono, che cioè la unità del diritto penale non sia necessaria alla unità politica; poichè è comune il consenso nell'opinione diametralmente opposta, ed è poi evidente che basterebbe dimostrare che questa unità sarà vantaggiosa, se pure per dimostrarlo fosse necessario spender parole* (Rapporto suddetto, pag. 31, Firenze 1871).

Questo discorso si compone di tre proposizioni l'una più inconcludente dell'altra.

1°. *La unità di giure penale è necessaria alla unità politica perchè è comune il consenso in questa opinione.*

Ma in primo luogo vorrei sapere chi ha rivelato agli avversari nostri questo *comune consenso*; forse l'oracolo definitivo emanò da Napoleone I che con le baionette della guardia imperiale tentò configgere il suo codice penale nel cuore delle genti soggiogate? Ma se il diritto di conquista può giustificare una legge marziale non giustifica un co-

dice destinato a governare i popoli in tempo di pace. Convertire la questione in un *domma* è facilissima cosa. Ma più non esiste il tripode sul quale possa assidersi un uomo a dettare il *domma*. Divertono gli avversari la questione calunniandoci sempre col dire che noi non trattiamo le questioni in un modo *serio* ma ricorriamo alle declamazioni ed alle arti oratorie. Mendacio è questo ed arte rettorica esso medesimo. Noi non accettiamo asseverazioni dommatiche: ecco il nostro delitto. Chiediamo ai contradittori che diano la *prova* di ciò che asseriscono: questo non è declamare ma ragionare pacatamente. Qui voi asserite che il *consenso universale* sta contro di noi. Noi ci rifiutiamo a riconoscere come consenso razionale le tradizioni del conquistatore francese: e mentre (come ricorderò fra poco) noi diamo le prove di un *comune consenso* nella tesi nostra, domandiamo agli avversarii donde traggano essi la prova del *comune consenso* da loro asserito.

In secondo luogo decliniamo l'autorità probatoria di questa formula jeratica del *comune consenso*. Ebbe per sè il *comune consenso* delle moltitudini Giove e Nettuno, e tutto il Paganesimo, ma ciò non convertì in religione *vera* il culto dei falsi Dii. Lo ebbero questo *comune consenso* i sortilegi e le streghe: lo ebbe la tortura: lo ebbero i feudi: lo ebbe la confisca dei beni: lo ebbe la pena di morte contro il terzo furto: lo ebbe la schiavitù. E nella stessa questione che adesso si agita, ebbe per sè il *comune consenso* dei prischi Romani la dottrina che vuole modificata la giustizia penale secondo i costumi delle diverse provincie. Questa dottrina ebbe il *comune consenso* di parecchi secoli posteriori in tutto l'occidente: lo ebbe più tardi in Francia fino al 1793: lo ebbe nel Regno di Prussia fino al 1851: lo ebbe nell'Impero Austriaco fino al 1852: nel Reame di Baviera fino al 1861: lo ha tuttavia nella Svizzera, e lo ha tuttavia negli Stati Uniti di America. Quale è per lo contrario il *comune consenso* a pro' della vostra moderna tesi che la unità *politica* porti seco la *necessità* della unificazione del giure penale? Guardatelo bene questo *comune consenso* moderno: guardatelo addentro nella sua genesi, nelle sue fasi e nella sua vita. Esso è un *comune consenso* che si costituisce dalla

subiezione passiva di popoli che hanno dovuto cedere alla *signoria della forza:* esso è un *comune consenso* che (tranne in Francia) data da quattro lustri, da due lustri, o da un lustro. Come può trovarsi in questo la spada di Alessandro che recida una questione *scientifica*, o a meglio dire una *questione di giustizia?* La vostra prima proposizione non ha valore. Noi per combatterla non declamiamo, no; citiamo dei fatti.

La seconda proposizione della pretesa confutazione della mia tesi è la seguente:

2°. *È poi evidente che basterebbe dimostrare che questa unità sarà vantaggiosa.*

Non corriamo così alla lesta, signori miei, su questa seconda proposizione. Voi fate le viste di non accorgervi che *mentite a voi stessi.* Permettete che senza fiori rettorici ve lo dimostri.

Voi per cavallo di battaglia a mantenere la pena di morte asserite che nelle condizioni di certe nostre provincie essa *è necessaria.* Di tal guisa procedendo sul postulato che ogni pena sia *legittima* quando è *necessaria*, ne concludete che la pena di morte è legittima. Lasciando da parte tutti i vostri argomenti *confutativi*, questo è il vostro precipuo (anzi unico) argomento dimostrativo della vostra tesi generale a favore del carnefice.

Or bene: come potete adesso asserire che è legittimo riportare la pena di morte in Toscana perchè ciò è *vantaggioso?* Non vi accorgete (o fate le viste di non accorgervi) che qui scambiate l'*utile* con la *necessità?* Non ricordate che in siffatta guisa cadete nel sofisma che i logici chiamano *cavillatio;* il quale consiste appunto in una *brevissima mutazione?* Se il principio fondamentale della legittimità delle pene è (per confessione vostra) la *necessità*, come può egli a danno nostro divenire di quella legittimità principio fondamentale il solo *utile?*

Spiegateci di grazia questo fenomeno. Spiegateci lo perchè quando trattasi di appiccare un Ravennate voi andate d'accordo che ciò non sarebbe cosa legittima se non fosse necessaria, e venite poi a dirci che per appiccare un To-

scano a rendere legittimo questo fatto basta che sia *utile.*

Noi non spendiamo declamazioni: non ricorrete di grazia a questo rancido luogo comune del vostro partito. Noi ragioniamo: e vi dimandiamo se a comodo vostro deve rinnovellarsi anche il dizionario in guisa che *utilità* e *necessità* si tengano come sinonimi.

Ma se *utilità* e *necessità* non sono sinonimi, questo vostro secondo argomento è un madornale sofisma.

3°. Perchè avesse almeno l'apparenza di un ordine logico la confutazione della mia tesi doveva naturalmente nella sua terza parte presentare la *prova* dello asserito *vantaggio.* Posto come domma *giuridico* che la *utilità* basta a giustificare il ritorno del boia in Toscana quantunque *non necessario,* doveva porgersi *in fatto* la dimostrazione di simile *utilità:* doveva dirsi *in che* quella utilità consistesse: dirsi se era *utilità* delle nostre provincie o delle altre: dirsi se era utilità del popolo o dei funzionari desiderosi di scansare fatiche: assodare la realtà di questo vantaggio e notomizzarne il valore. Anche nell'ordine di idee giuridicamente erronee di quella confutazione, tutto questo sarebbe stato indispensabile a completare il ragionamento. Questo bisogno si sentì, ed ecco come si credette di soddisfarvi: riproduciamo questa gemma di dialettica nel suo testo genuino, perchè è un vero miracolo non so se io dica d'arte o di audacia — ivi — *basterebbe dimostrare che questa unità sarebbe vantaggiosa, se pure per dimostrarlo fosse necessario spendere parole.*

Dice propriamente così: e qui finisce la confutazione. Giudichi ognuno quanta forza logica siavi in questa argomentazione — *potrei dimostrare ma non dimostro* perchè io asserisco *che non vi è bisogno di dimostrare.* Questi una volta si chiamavano *arzigogoli!* E poi sono io quello che sostituisco le arti oratorie al ragionamento: e questi ghiribizzi si esaltano come ragionamenti serii. Giuocare di parole per mistificare i creduli è la grande abilità dei nostri avversarii: e di ciò potrei fornire altri esempi; come sarebbe quello che trovasi là dove vuol darsi ad intendere che i ventidue casi di morte del codice Sardo sono stati ridotti a

soli dodici nel progetto della Giunta Ministeriale. Tutta prestidigitazione, che si riduce in un cambiamento di formule ed alla comprensione di tre o quattro casi in una sola formula. È il metodo di colui che volendo dare a credere di essersi messo in economia dicesse di avere ridotto in una sola pietanza le tre pietanze che prima imbandiva perchè le ha scodellate in un sol piatto. Ma non voglio divagare dal mio tema; e tornando su questo io ripeto che la mia tesi del 1865 non fu ancora onorata di una seria confutazione.

Chi col solo dire *ita est* immagina chiudere la bocca a tutti, non chiude la bocca a nessuno che voglia avere coscienza delle proprie opinioni. Il dogma non spetta che a Dio.

Ora io non voglio qui riprodurre distesamente quel mio scritto del 1865. Io voglio soltanto notare il fatto che nessuno si arrisicò a confutarlo; e voglio succintamente ricordare i singoli argomenti sui quali sostenni e sostengo quella mia tesi.

1°. Se la *giustizia* assoluta richiedesse imperiosamente la *unità della legge penale* appo le genti diverse sarebbe di necessità logica che di venti e più legislazioni penali differenti dalle quali è governata l'Europa, diciannove fossero false, ingiuste ed inique, ed una soltanto fosse la buona.

Il substrato di fatto di questo argomento è positivo: così sta; e non si può negare.

La conseguenza è logica, e sfido trovarvi il vizio dialettico nella ipotesi degli avversarii. Cosa si risponde a questo primo argomento?

Nulla. Si persiste a negare, e l'orgoglio di una temeraria impugnativa fa le veci del ragionamento.

2°. Ma la conseguenza di quel mio primo argomento è falsa, perchè falsa la tesi degli avversarii. Le diciannove legislazioni differenti sono non inique ma giuste; perchè ciascuna è adattata ai costumi, alle abitudini ed al grado di civiltà della popolazione consegnata al suo governo.

Se vi è massima che trovisi concordemente insegnata da tutti i criminalisti, dagli antichi come dai moderni, dai severi come dagli umanitarii, dai retrivi come dai progressisti;

dai criminalisti in una parola di tutte le scuole; tale si è questa che il giure penale per esser buono deve rispondere al grado di civiltà delle diverse popolazioni.

Non è dunque vero che se per lo identico delitto l'Alemanno incontri dieci anni di privazione di libertà; il Francese la privazione a vita; lo Italiano venti anni; il Brasiliano quattro anni, ciò offenda la giustizia assoluta. Ogni popolo ha il codice che si merita. Ed il legislatore è sempre giusto quando misura la pena secondo i meriti.

Ma se non si grida lo anatema contro il codice di Francia che minaccia galera a vita per lo identico fatto pel quale il codice Austriaco infligge dieci anni di carcere duro; se si rispettano come *giuste* quelle differenti condanne, ciò vuol dire che la *giustizia non esige la unità* dove non esiste unità di abiti e di costumi.

Che si risponde egli sul terreno della *giustizia* alla nostra tesi?

Nulla.

Ed è impossibile la risposta.

3°. Si devia la questione dal campo della *giustizia* per portarla sul terreno della *politica*. Ciò che è *giusto* (si dice) in due provincie dove due Re diversi comandano non è più giusto dimani se le due provincie cadono sotto il governo dello stesso Re. Non repugna a *giustizia* che un Francese ed un Tedesco incorrano pene diverse per lo stesso delitto: ma repugna a *giustizia* che questo accada a due Francesi od a due Tedeschi.

Dunque l'accidentalità della successione di un Re ad altro trono vicino muta come un reagente chimico tutto ad un tratto i comandi della suprema giustizia penale?

Ci si rifletta imparzialmente ma seriamente. Quale è la ragione che si può addurre per sostenere che mentre nessuno dubitava prima della guerra Prussiana che fosse *giustissima cosa* sottoporre l' omicida Lorenese alla galera a vita, sia sempre giustissima cosa sottoporre l' omicida Lorenese ad una detenzione temporaria perchè esso è tornato ad essere membro dell'Impero Germanico? Quale è la ragione per cui mentre oggi tutti riconoscono *giusta* la pena più mite che il codice dello Impero infligge al Lorenese, se av-

venga mai che la Francia torni a rapire la Lorena alla Germania diverrà come per incanto immediatamente giusta per lo identico fatto la galera perpetua?

Mi si dica questa ragione: io desidero illuminarmi..... Ma nessuno mi risponde.

Ed io ripeto che la *politica* può essere causa di molte rovine, mai può rendere ingiusto ciò che è giusto quando i cambiamenti politici non mutano i costumi dei popoli ed i bisogni della tutela giuridica. Ed io ripeto che sul terreno della *giustizia* la mia tesi non si combatte neppure ricorrendo ai suggerimenti elastici della *politica*.

4° Ma volentieri si sloggia dal terreno della *giustizia* per salire alle regioni di più alta *politica*. Volentieri si sostituisce alla guida sicura della fioca lucerna la luce fosforescente che produce vertigine. Volentieri si abbandonano le vie dirette del ragionamento, e si fa appello ai voli fantastici degli affetti. La *unità d'Italia!* Ecco il simulacro che si è fatto passeggiare da dodici anni a questa parte sopra un carro fiammante per tutte le terre della penisola onde imporci a nome di quello il sacrifizio di tradizioni carissime.

La *unità d'Italia* esige che il carnefice ritorni in Toscana se si conserva nelle altre parti del Regno. Ecco il grido dei nostri avversarii. E se quel grido avesse un fondamento di verità, noi innamorati fino dalla cuna della *unità d'Italia* e cresciuti per tredici lustri alla religione di questo amore (teneramente coltivato da noi anche quando gli odierni gridatori tacevano) ci imporremmo uno scrupoloso silenzio. Ma noi crediamo che quel grido sia una menzogna: e perciò protestiamo. Noi crediamo necessaria a cementare la unificazione politica di un popolo la unità di ordini amministrativi e militari. Questo sì che lo crediamo.

Ma niente affatto crediamo che la italica unificazione corra pericolo di uno sfacelo se i figli delle diverse provincie non sono puniti oltre i loro meriti respettivi, ed oltre i respettivi bisogni della sicurezza della provincia. Non crediamo che se una provincia sventuratamente richiede leggi di eccezionale rigore divenga tosto o un atto di giustizia o una necessità di politica che siffatto rigore si estenda ad ogni altra provincia sebbene in condizioni diverse. Non crediamo

(e la storia ci dà ragione) che se circostanze speciali impongono si dichiari lo stato di assedio in una città, debba porsi tutto il Regno sotto lo stato di assedio. Non crediamo in una parola che il Reame d'Italia vacilli e minacci scompaginarsi se non si sottopone ad un unico codice penale. Questo si asserisce al solito ma non si dimostra; ed io presi a dimostrare il contrario.

In primo luogo ragiono sulla analogia. Se vi è cosa che meravigliosamente operi alla unificazione di un popolo è per certo la identità di religione: tutti lo sanno: la storia lo insegna. Perchè dunque non si fa legge che imponga a tutti gl'Italiani una sola credenza? Questo *perchè* è chiaro. Non si impone ciò perchè *la legge giuridica è superiore* alle velleità politiche. La *libertà di coscienza* è un diritto sacro in ogni uomo, e nessuna autorità può violarlo. Si tollera dunque la diversità di credenze quantunque si riconosca universalmente che la unità di credenza opererebbe meravigliosi effetti a rendere compatta e solida una Nazione.

Ma (soggiungo io) il diritto alla vita non è egli sacro quanto il diritto alla *libertà di coscienza?* Il solo bisogno supremo della difesa giuridica può autorizzare la legge punitiva a tollerare che si spenga una vita umana. Ma se è *ingiusto* (perchè quel bisogno non vi è) che si uccida un Toscano per opera del carnefice, come può egli rendersi *giusto* ciò per la veduta empirica di una più compatta unificazione?

O al bisogno di cementare la unificazione italica si possono (per fede vostra) immolare i diritti degli individui, ed allora mettetevi sotto i piedi il diritto alla libertà di coscienza. O non si può; e rispettate in noi il diritto alla vita. Bella idea davvero e piena di sapienza politica, è quella dei reggitori che sognano stringere a loro i novelli concittadini col sottoporli a leggi le quali fanno rimpiangere i tempi che furono e conculcano la giustizia.

Che si è risposto a questo argomento? Nulla, tranne il facile *non è vero* dell'Ambrosoli.

5°. Aggiungo un precedente. Cosa faceste voi quando annetteste al Reame d'Italia le provincie meridionali? Avevate pure nell'anima il più vivo desiderio della unifi-

cazione, e ne sentivate urgente bisogno. Tutto unificaste, importando colà anche gli ordini Sardi. Ma quando giungeste al giure penale esitaste ed indietreggiaste. Paghi della pompa esteriore di imporre alle nuove provincie un codice penale che *nominalmente* si chiamasse codice Sardo sentiste ribrezzo di fare in guisa che a quel *nome* rispondesse una verità effettiva. E daste sotto quel nome un codice che nella *sostanza* era in molte sue parti modificato dalla maggiore sapienza giuridica del Reame testè congiunto alla Italia. Sono parecchi e parecchi gli articoli corretti in quella occasione per le nuove provincie. Qui non cade lo enumerarli, ma basti dire che molti fatti che *sono delitti* in tutte le provincie dove regna il codice Sardo puro sangue, *non sono delitti* nelle provincie meridionali: basti ricordare che altri fatti puniti nel resto d'Italia con i ferri a vita si puniscono nel già Reame di Napoli con venti anni di galera. Tutto questo in virtù della vostra legge del 1861, che moltissime modificazioni *speciali* introdusse nel codice portato alle provincie meridionali: modificazioni tutte in senso più mite, in vista dei diversi costumi ed abitudini delle provincie meridionali.

Questo è un fatto vostro. E la unificazione politica non è stata meno forte e gagliarda in dodici anni di esperimento per cagione di questo fatto; che invano tentate occultare, ma che negare non potete.

Dunque voi stessi pregiudicaste la vostra causa. Voi stessi riconosceste che le velleità unificatrici debbono cedere il passo ai doveri di giustizia. Voi confessaste che alla più avanzata dottrina dei giuristi di quelle provincie non potevano farsi ingoiare gli errori madornali del codice subalpino. Voi riconosceste che i costumi e le abitudini di quelle provincie non permettevano di elevare a delitto certi fatti che altrove sono giustamente puniti come delitto. Voi riconosceste che o la civiltà o la mitezza od altre condizioni speciali di quelle provincie imponevano che a certi reati si irrogassero pene più miti che altrove. E così faceste.

E faceste benissimo, ed altamente lodai, e lodo quel vostro fatto, perchè val meglio pentirsi qualche volta che mai.

Ma soltanto ve lo ricordo per invitarvi ad essere coerenti, e per dimandarvi in che abbia patito la unificazione delle provincie meridionali col resto d'Italia per quella diversità di incriminazioni e di pene.

Rispondetemi.

6°. Mi volgo finalmente a più largo campo. Mi volgo alla storia universale.

Si hanno esempi di nazioni che sonosi scisse in due per una differenza di religione, o per una differenza di linguaggio. La separazione (a modo di esempio) del Belgio dall'Olanda nel 1831 ebbe potentissimo impulso da queste cagioni. Ma vi riesce egli trovare nella storia un solo esempio di una Nazione che siasi scissa in due perchè le sue parti si governavano da due diversi codici penali? La unicità delle Pandette e del codice Giustinianeo impedì forse che lo Impero di occidente si staccasse dallo Impero di oriente?

Rispondete.

Ma invece la storia mi mostra potentissime e compatte nazioni (e basti lo esempio della Francia sotto Luigi XIV) elevarsi all'apice della potenza e della coesione in ogni sua parte quantunque per molti secoli si mantenessero diversissime nelle varie provincie e nei varii Parlamenti le regole del diritto così civile come penale. La straordinaria forza alla quale elevossi la Prussia, non ebbe ostacolo dal fatto che quel Reame conservasse dal 1814 al 1851 due codici penali diversi. E la giustizia di quel Regno fu sempre lodata quantunque una sottile linea geografica portasse differenziali terribili fra pena e pena ai sudditi di uno stesso Principe.

Fu una delle tante esaltazioni dei rivoluzionari di Francia fondatori della repubblica *una ed indivisibile*, la idea di stringere i popoli a più compatto nodo con la unità di legislazione. Questa idea si ereditò dai Napoleonidi, e la retroguardia delle Armate Francesi corse l'Europa portando in cima alle baionette i codici dello Impero. Ma l'Impero non fu reso più solido per quel meschino cemento.

Riassumo. *Giustizia* non vuole che si puniscano i popoli con grado e modo diverso da quello richiesto dal respet-

tivo progresso di civiltà e dai respettivi costumi. Questa che è legge di *giustizia* non potrebbe essere senza iniquità conculcata per una veduta *politica*. Ma non è neppur vero che la unificazione *politica* esiga questo sacrifizio della *giustizia*.

Ed ora concludo. Agli abolizionisti che gettano in faccia ai conservatori questo perpetuo rinfaccio dello esempio secolare della Toscana, i conservatori perpetuamente rispondono che non vale lo esempio. Ciò che è riconosciuto non necessario per la mite Toscana è necessario anzi indispensabile (dicono essi) per altre provincie d'Italia dove allignano anime selvaggie e ferine, le quali non possono distogliersi dalla sete di spargere umano sangue, tranne con lo esempio del sangue umano freddamente versato. Questo è il loro grande argomento. Ma io innanzi tutto debbo anche qui protestare prima di scendere a ricondurre questo argomento dei conservatori sotto la tesi che qui discuto.

E protesto col dimandare se siansi bene addentro studiate le cagioni per le quali l'Europa tutta consenziente ha dato alla Toscana l'onorevole predicato di *mite*, e le cagioni per le quali al dire di costoro crescono nature cotanto selvaggie in altre regioni. Avete voi studiato queste *cause?* Male sempre ragionasi sopra di un fatto se non si studiano e si rintracciano le vere cause del fatto. La nostra *mitezza* deriva forse dalla *religione?* L'abbiamo identica. Deriva forse dalla *razza?* Neppur questo sussiste. Vuole forse attribuirsi al *clima*, seguitando i voli poetici di Montesquieu? Ma il *clima* della Liguria e delle provincie meridionali è ben più dolce e temperato del nostro. Quale è dunque la causa della nostra *mitezza?* Vel dico in una sola parola. Sono le *riforme penali del regime Lorenese*. E quello che io dico lo dimostra anche una volta la storia.

Questo predicato di *mite* non lo ebbe già la Toscana nè al tempo di Porsenna, nè al tempo dei Medici quando si svenavano i figli in grembo alla madre. Se lo è guadagnato cotesto onore la Toscana dopo il codice penale del primo Leopoldo. Cosa era dessa in addietro? Si conservano i documenti di quei tempi feroci. Sussistono gli autografi di Cosimo I, con i quali di tanto in tanto ordinava che

tale o tal'altro condannato a morte *non si dasse al mastro di giustizia*, ma *fosse consegnato alla notomia*. E cosa voleva dire consegnare *alla notomia?* Voleva dire consegnare l'uomo vivo alla stanza anatomica perchè fosse sezionato vivente, e servisse allo studio dei cultori della chirurgia. Nell'archivio della Misericordia di Firenze si conserva la storia di tre colpevoli, i quali furono ciascun di loro appiccati due volte. Dopo la esecuzione della forca si consegnava il cadavere agli uomini della Misericordia. Questi non di rado verificavano essere quella morte apparente, e con pietose cure li restituivano alla vita consegnandoli alle autorità che d'ordinario commutavano la pena, non per pietà ma per il pregiudizio dello intervento divino. E quei registri ricordano i nomi di tre facinorosi, i quali riacquistata per quel portento la libertà tanto si erano compunti dal salutare terrore della pena di morte, che l'uno dopo l'altro meritarono di essere una seconda volta appiccati per nuovi delitti. Che più si indaga nei monumenti di quel periodo! Sussistono gli *ordini diversi del* 1744, i quali minacciano la pena dello *squarto* contro il delitto di ragion fattasi punito oggi con un mese di carcere. E ciò basti a mostrare la tempra delle leggi penali dell'antica Toscana. Come poi rispondessero a quelle leggi i costumi di allora lo dicono le filze dei processi criminali a chiunque se ne voglia erudire. Qual miracolo dunque operossi tra noi? La sapienza di un Principe filosofo il quale comprese che con leggi penali feroci si abbrutiscono i popoli e si depravano, mentre con leggi penali miti e prudenti si conducono in modo sicuro ad un progressivo miglioramento. E non ho io di questa verità un esempio nella mia terra natale? Il Serristori nella sua *statistica della Toscana* (libro ripieno di osservazioni e ricordi interessantissimi) rilevò che i delitti erano in proporzione della popolazione assai più numerosi nel Ducato di Lucca che non nella vicina Toscana. Ma noi Lucchesi siamo carne e sangue Toscani: non è possibile trovare differenziali di sostanza nei costumi, nelle industrie, nelle abitudini. Noi ci consideriamo come appartenenti alla famiglia Toscana. O perchè dunque quel privilegio di colpevolezze? Io non

duro fatica a trovare questo perchè; io che esercitai per 17 anni il patronato dei rei in quel Ducato, dove dal 1810 fino al 1848 si conservò il codice penale di Francia senza neppure le modificazioni di Francia; ed anzi con rincaro di rigori e con aumento di casi capitali per eccezionali leggi Borboniche: io che vidi in quel piccolissimo Stato di appena centomila abitanti cadere in un sol giorno 5 teste umane sotto la mannaia del manigoldo. Erano le leggi feroci che rendevano feroce il mio popolo. E di questa verità, che io sentiva fino da quell'epoca nel cuore, ne ebbi riprova dopo il 1847, poichè all'abolizione del patibolo e delle leggi penali di Francia (che furono il primo atto del nuovo governo) io vidi succedere una notevole decrescenza di malefizi.

Fermo in questa fede io rispondo agli avversarii nostri che se vogliono si estenda a tutto il Reame d'Italia la elogiata *mitezza* Toscana vi estendano essi i primi la *mitezza* delle leggi penali e lo effetto non mancherà. Detto questo come protesta, io ritorno alla mia tesi, e concludo. Voi dite che un codice che minacci severissime pene se non è necessario alla Toscana è però necessario (col codazzo del patibolo) a tutto il resto d'Italia. Ebbene: fingiamo di credervi. Ma, quando questa vostra opinione abbiate dimostrato con la esattezza matematica, siete in errore se credete di avere altresì dimostrato essere *giusto* si rendano alla Toscana le penalità esorbitanti delle quali ha saputo fare a meno per il corso di un secolo, e che fra noi ritorni il carnefice. In ciò siete in errore.

Per giungere dopo la dimostrazione del primo asserto alla dimostrazione del secondo non vi basta, no, la comoda iattanza dello *ita est:* non vi basta il solo *sic volo sic jubeo.*

Vi occorrono buone e sode ragioni a persuadere che quanto è stato *cattivo, ingiusto ed irragionevole* dal 1786 in poi, non sia più *ingiusto* oggigiorno. La legge di procuste noi non la possiamo accettare come dogma, e non possiamo accettarla per le identiche ragioni per le quali i Lombardi dicevano al barone di Hainau essere iniquo adattare il bastone al tergo degli Italiani. Identica obiezione

produsse identica risposta. I Generali Tedeschi risposero che la unità politica esigeva la unità delle bastonate: e la unità politica dello Impero cementata col bastone cementò gli odii e preparò la dissoluzione della unità politica. Dateci queste ragioni vostre, se le avete: altrimenti noi persisteremo a credere che qualunque elevazione della scala penale in Toscana sia un atto di invidia, un atto di gratuita ferocia, una vera iniquità.

Oh! credetelo pure: se per lo amore (che noi pure abbiamo caldissimo) della *unità* non sappiamo persuaderci a dare il sangue dei nostri figli al carnefice, credetelo pure, i Toscani quando l'astioso straniero ardisca minacciare la patria non saranno gli ultimi a dare il sangue dei loro figli per la difesa di lei, ed a morire al fianco vostro sulla frontiera. Allora vedrete se siamo o no *uniti* a voi con indissolubile fratellanza, senza bisogno del vaporoso cemento del giure penale.

CONCLUSIONE

Torno al mio piccolo esordio. Pellegrino Rossi (*diritto penale, capitolo ultimo*) lasciò scritta la sentenza che in tema di pratica legislativa, e sul modo di comporre e formulare le leggi penali, non fosse possibile stabilire *regole immutabili*. Io penso il contrario.

Parmi che Pellegrino Rossi confonda la *mutabilità* dei precetti con la loro *moltiplicità*. Certamente tutte le regole che si adattano ai fatti umani e ad ogni cosa multipla e variabile nelle sue forme, dovranno essere per necessità *molteplici*, e nella loro *molteplicità* differire le une dalle altre. Ma ciò non toglie che ciascuna di quelle regole sia nel suo relativo immutabile e costante; nè autorizza a negare la possibilità di dettarle. Se ciò fosse bisognerebbe dire che anche l'aritmetica non ha precetti immutabili, perchè da lato alle regole del sommare stanno le regole del partire che sono diverse da quelle; e perchè da lato alla regola

che due e due fanno quattro sta la regola che quattro e due fanno sei. La stessa scienza penale non avrebbe più precetti assoluti neppure in tema di imputazione: perchè lo stato della coscienza umana variando secondo che versa nelle condizioni del *dolo*, o nelle condizioni della *colpa*, o nelle condizioni della *innocenza*, è forza dettare la regola della imputabilità maggiore del *dolo*, della imputabilità minore della *colpa*, della imputabilità nessuna della *innocenza*, le quali sono evidentemente regole diverse ed anzi contrarie fra loro. Ma pure quelle regole si dicono assolute, perchè ciascuna di loro è nel suo relativo immutabile.

D'altronde come si accorda quella sentenza del Rossi con gli erculei sforzi che in quel suo scritto egli adopera onde ricercare le migliori regole sulla compilazione e redazione delle leggi, e con i precetti che egli stesso viene poi ad insegnare! Che la dottrina non abbia trovato ancora tutte le formule con le quali debbano esprimersi i desiderati precetti, io ne convengo: ma che una verità non siasi ancora completamente scoperta non è prova che la verità non sia. E credo che lo spirito umano abbia già fatto bastanti progressi anche in questa materia per poter dettare parecchie regole (se non tutte) alle quali deve essere ossequente il legislatore nel formulare gli ordini suoi se vuol compiere doveresamente la propria missione.

Il Rossi allude alla critica del metodo francese e delle definizioni predilette dal Codice penale del 1810 con le seguenti parole che mi piace riferire testualmente — *Aussi nous sommes loin de partager l'opinion de ceux qui estiment pouvoir facilement atteindre la perfection dans*

la rédaction de la loi pénale, au moyen des définitions. Tout consiste, à leur avis, à définir le droit *au quel le délit a porté atteinte, et* le mode *employé pour commettre cette atteinte. Composée de ces deux parties, la définition du délit ne peut, à les entendre, présenter ni obscurité ni incertitude.*

La méthode est séduisante au premier abord ; elle parait ramener la rédaction des lois à une sorte de mécanisme, aisé pour quiconque sait manier une langue avec quelque facilité. Examinons cependant. E qui Rossi, dopo avere manifestato così la sua riprovazione di questo metodo tutto francese ed in apparenza così seducente, prosegue alla dimostrazione di quello che secondo lui lo rende vizioso.

Ma se noi siamo pienamente concordi col Rossi nella riprovazione di quel metodo viziosissimo; e siamo, più che egli non sia, convinti fino a gola della sua viziosità e dei suoi danni, ci troviamo altrettanto lontani dallo aderire alle ragioni per le quali esso lo riprova, ed agli argomenti sui quali esso costruisce la sua confutazione.

Con un volo pindarico il Rossi qui passa dalla materia della legge morale e dei fatti umani alla botanica ed alle matematiche. Impossibile raggiungere una conclusione che riveli una verità quando si battono simili vie.

Il botanico che vuol definire la rosa, ed il matematico che vuol definire il circolo, imprende a descrivere ciò che è, tale qual'è per natura sua. Le loro pertanto *non sono definizioni*, perchè non *definiscono* nulla, ma sono descrizioni di ciò che è; le quali non aggiungono un atomo, non una linea mutano di ciò che è, e che resta tale qual fu, tale qual'è, e tale sempre sarà, o circolo o rosa.

Cosa àvvi egli di comune tra questa descrizione di enti immutabili per mano e volontà dell'uomo come il circolo e la rosa? È la *definizione* che detta il legislatore quando esercita il suo pieno arbitrio di costituire un ente giuridico o circoscriverne le condizioni, non già perchè quello ente *sia assolutamente così*, ma perchè egli *vuole* che sia così nel suo Reame! Egli potrebbe *volere* che fosse diversamente. Saranno *assoluti* i sommi principii che determinano la sua volontà a pronunciare lo *ita esto*, ma è sempre vero che potrebbe ugualmente dire *aliter sit* per deduzioni diverse che egli traesse da quelli identici principii assoluti. Questo si chiama *definire*, cioè *dare fines*, imporre i confini e le condizioni ad un ente che, secondo il pensiero nostro, si maneggia da noi, si crea, si annienta, si modifica. Ma il matematico non può volere che un circolo abbia quattro angoli, nè il botanico volere che la rosa si elevi a cento metri da terra, od abbia uno stelo col perimetro di due metri. La funzione del legislatore è tutta *attiva*: la funzione del botanico e del matematico è tutta *passiva*. Come può argomentarsi con siffatte analogie?

Non meno superficiale ed equivocato è nel punto di vista generale il modo col quale Pellegrino Rossi tratta questo argomento, lasciando travedere qui, come altrove, che lo sperimentalismo leggero dello economista rendutosi abituale allo italiano divenuto francese, si sostituisce troppo spesso alla severa logica del criminalista, e per una fatale metamorfosi lo empirismo piglia le sembianze della ragione. E tale equivoco consiste in questo che il Rossi discute l'argomento come se si trattasse di definire la *parola*.

Sempre la *parola* assorbe ogni sua contemplazione, e prendendo il posto di Ripa o di Tommasèo si converte in un etimologista. Ma le difficoltà della redazione di un codice penale non consistono nel definire la *parola metro*, la *parola furto*, la *parola notte*, o altre simili: consistono nel circoscrivere nettamente la figura giuridica che il legislatore ha nel pensiero, ed alla quale vuole assegnare i caratteri o di reato, o di scusa, o di aggravante, o di attenuante per darle la podestà di produrre certi effetti *giuridici* ai quali tengano dietro certi altri effetti *sensibili* sui cittadini. Consistono in precedenza nel concepire nettamente i lineamenti tutti di quella figura ed i suoi contorni (*fines*) e poscia nello esprimere tale concetto con frasi le quali non corrano pericolo di condurre ad includere più del definito o meno del definito.

Impegnatosi il Rossi su questo fallace terreno, viene a dir cose che non stanno; o se pure stanno non hanno senso alcuno, e non sono abili a condurre ad alcuna conclusione utile la ricerca importantissima sulla quale vuol darsi l'aria di avere seriamente e lungamente meditato onde sciogliere l'importantissimo problema che tratta.

Correndo su queste linee fallaci il Rossi, per giungere allo assunto al quale egli mira dello ostracismo di ogni definizione dal codice penale, insiste sul suo argomento di analogia. Il botanico, egli dice, chiamato a definire una rosa vi dirà essere un fiore con certi connotati e certi caratteri, ed enumerando esattamente i distintivi della sua specie ve ne porgerà una descrizione incriticabile. Ma quando il legislatore vuole promulgare un editto che vieti di co-

gliere rose in un giardino pubblico non perderà tempo a dire vietato di cogliere fiori che hanno i tali caratteri ed i tali distintivi. No: esso si appagherà di proibire si colgano rose. E perchè ciò? Perchè ognuno sa cosa sia la *rosa*, ed è inutile il definirla. Così il Rossi: e questa sua osservazione sussiste in punto di fatto. Ma se tale osservazione si volge alla tesi che qui si discorre, o dessa non ha valore ed influsso sulla medesima, o se vuolsi a lei attribuire un influsso, la dimostrazione di tale influsso non può costruirsi che sopra un sofisma; voglio dire il falso supposto. Infatti per dedurre da quella osservazione il bando delle definizioni dal codice penale bisogna supporre che il significato di tutte le parole adoperate in un codice sia a tutti noto, come a tutti è notissimo cosa è la *rosa*. Ma questo supposto non sussiste. Dunque l'argomentazione o è frivola, o è falsa. E chi sognò mai di pretendere (a modo di esempio) che quando il legislatore penale stabilisce la qualifica della *scalata* nel furto, limitandola al varcamento di una altezza di due metri, debba anche passare a dire cosa è il *metro*. Scempiaggini sono queste che mai nessuno pensò. Ma se il legislatore penale non deve definire il *metro* perchè conosciuto da tutti, egli deve peraltro definire la *scalata* onde sia coerenza fra le condizioni della qualifica e le ragioni della qualifica, ed evitare il pericolo che chi alzando un piede per varcare un recinto dell'altezza di un palmo si introduce nel fondo altrui, possa incorrere venti anni di galera come colpevole di scalamento.

Prosegue il Rossi ad osservare che ogni definizione acciò sia esatta deve esprimere una perfetta *equazione*: se non

vi è esattezza di *equazione* la definizione sarà falsa, perchè conterrà o più o meno del definito. Benissimo: ma da questa osservazione ne discende egli il conseguente che la definizione sia inutile? Il Rossi sembra crederlo: ma anche qui vi è il paralogisma della *confusione dei termini*, oltre al riprodursi lo equivoco principale di discutere sulla definizione della *parola* mentre il tema del nostro studio è la definizione della idea. Vi è (dico io) confusione di termini nello argomento, perchè ogni qualvolta la parola che si vuol definire può esprimere due o tre figure diverse, resterà sempre *dubbio* a quale di queste tre figure abbia voluto referirla il legislatore. E quindi sarà necessario che si formuli l'altro termine della equazione. La cosa è chiara. Pigliamo in esempio la *bigamia*. È *bigamo* chi si rimaritò dopo essere rimasto vedovo. È *bigamo* chi avendo viva la prima moglie ne sposa una seconda. Ecco dunque due equazioni possibili messe in rapporto con la parola *bigamo*. Il legislatore *civile* volendo minacciare il carcere contro la *bigamia* dirà (in opposto al legislatore *canonico*) che la *bigamia* si costituisce dal *contrarre un secondo matrimonio perdurante il primo valido:* e il critico Rossiano gli dirà: voi non avete fatto che esporre una *equazione*, voi credete di aver detto tanto, mentre avete unicamente detto, che la *bigamia* è la *bigamia*. Ma il legislatore risponderà che a quella parola stavano a fronte due equazioni possibili, e che a lui incombeva di dichiarare quale era la *equazione* contemplata dalla legge.

E difatti qui vediamo che Rossi è stato infelicissimo anche nello esempio da lui recato innanzi. Udiamo le sue parole. — *Qu'entend faire celui qui définit un délit, le vol par*

exemple? Que veut-il dire, en disant que le vol est une soustraction frauduleuse d'une chose appartenant à autrui, soit en employant telle autre phrase qu'on voudra? Il veut dire par deux expressions diverses: Le vol est un vol. Ecco una parola *ad effetto*; ecco un colpo di gran cassa alla guisa del *Roi citoyen;* ecco l'economista che vuol farla da criminalista; ecco il grande italiano che traversando la crisalide dell'esilio si è tramutato in francese. Poesia, e niente più che poesia. E di vero udiamolo più abbasso — ivi — *Or le sens commun a parlé avant le législateur. Il a vu des hommes s'emparer malicieusement du bien d'autrui, et il les a appelés voleurs. Qu'est-ce un vol? Tout le monde le sait. Mettez à la place la définition; la plus grande partie du public ne saura plus de quoi l'on parle.* Infelicissimo esempio (io ripeto), premessa sofistica, e conseguenza falsa. Metà del mondo se vede un negoziante che inganna sulla qualità o quantità della merce, dirà che è un *ladro*; dirà che gli ha *rubato* il *danaro* colui che gli chiese lo imprestito e non lo restituì; dirà di aver patito un *furto* perchè gli è stato violato un deposito. Ma nel linguaggio e nel concetto delle odierne leggi penali questi non sono *furti*. Non è vero dunque che *tutto il mondo sappia* cosa è il *furto*, e che col definirlo se ne renda più difficile la cognizione. La definizione è necessaria perchè non avvenga che condannisi come reo di *furto* domestico il servitore che dopo avere ricevuto dal padrone la mesata anticipata ha abbandonato il servizio al decimo giorno del mese. Nè solo il volgo ha del *furto* una idea diversa da quella che sta nel suo concetto giuridico. Sa ogni legale (e il Rossi non doveva dimenticarlo) che

anche i giureconsulti Romani chiamarono *furti* molti fatti che per le leggi nostre non sono *furti*. Altrove accenna alla stessa idea rispetto allo *adulterio*. Ebbene! Tutto il mondo saprà cosa è l'adulterio *peccato*, ma non tutti sanno cosa è *l'adulterio delitto*; e se viaggiate in Europa degli *adulterii delitto* ne troverete tre. In Italia sarà la semplice violazione della fede coniugale per parte della *moglie:* in qualche Cantone della Svizzera troverete essere la violazione della fede coniugale, così per parte della *moglie*, come per parte del *marito*. Giunti nello Impero Tedesco troverete che l'*adulterio delitto* non è più la semplice infedeltà, o del *marito*, o della *moglie*, ma soltanto quella infedeltà *che ha cagionato divorzio*. Ecco tre equazioni possibili: e il legislatore penale non dovrà dire quale è il termine della equazione che da lui si contempla? Diceva bene il mio grande maestro Carmignani, emulo (come è noto) forse troppo severo dell'economista Versiliese, quando avvertiva trovarsi negli scritti di Rossi tutto quanto era a desiderarsi di bello e di magnifico; *tutto fuorchè la logica*.

Ma torniamo al metodo di definire ricordato da Rossi, e da lui censurato. Dissi che mi accordava con Rossi nel censurare quel metodo: poscia ho censurato da capo a fondo la confutazione fattane da Rossi. Come conciliasi ciò? Si concilia con un fenomeno che non è raro nei giuristi, e che non è nuovo nel Rossi: una tesi buona e vera sostenuta con argomenti falsi. E questo è spesso il motivo che disgraziatamente guadagna la vittoria all'errore: una cattiva difesa rovina la causa più santa. Più volte in altri miei scritti ho censurato la divisione francese dei reati in *crimini* e

delitti: più volte ho ricordato che Pellegrino Rossi fu acerrimo avversario di quella insulsa divisione: e più volte ho notato che il Rossi con le sue censure fu la principale causa che in Francia quella divisione si perpetuasse ed ottenesse trionfo. Ei la combattè con argomentazioni così fallaci ed assurde che i suoi avversari ebbero a buon mercato la vittoria. Quando una tesi vera è propugnata con argomenti falsi i sostenitori della tesi contraria si guardano bene dallo assumere la dimostrazione diretta di questa loro tesi. Spaziano a dimostrare evidentemente erronee le argomentazioni dei loro contradittori, e senza bisogno di giustificazione diretta proclamano la verità della propria opinione. E così avverrebbe al metodo del quale ora favello se contro il medesimo non si avessero ragioni più perentorie, ed in quello non fossero vizi più radicali e palpabili.

Il metodo, che io dissi francese, delle definizioni penali consiste nel costruire ciascuna definizione sopra due termini. — 1° Definire il *diritto* aggredito col reato. — 2° Definire il *modo impiegato* per consumare quella aggressione. È il sistema del Codice penale del 1810 e dei suoi imitatori. Il primo termine è assolutamente necessario; anzi deve essere per me il termine predominante, e quasi sempre esclusivo della definizione quando si tratta (notisi bene) di definire non una *scusa* ma la criminosità di un fatto. Il delitto non è un ente di *puro fatto* ma un *ente giuridico* che si costituisce dallo stato di contradizione fra un *atto umano* ed un *diritto*. Non si dimentichi mai questo vero. Ciò che dà la *essenzialità* al delitto civile è l'*aggressione al diritto*; e questa oltre la essenzialità cardinale ne deter-

mina la *qualità* e la *quantità*. Dunque è necessità ontologica che ogni definizione di un reato esprima in una od altra forma la *oggettività giuridica* minacciata dall'atto umano, ed alla quale volgesi la protezione mediante il divieto e la pena.

Ma il vizio radicale di quel metodo sta nel secondo termine. Il *modo* col quale si offese il *diritto* non può accettarsi come secondo *elemento assoluto* da desiderarsi e da porsi in ogni definizione. Ciò conduce non solo ad inconveniente superfluità; ma conduce a gravissimi pericoli ed a lacrimevoli danni.

Cosa è infatti il *modo* della esecuzione? È una *materialità di fatto: è la soggettività materiale* del malefizio. Ora delle due l'una: di qui non si esce. O questa *soggettività materiale* in niente modifica l'aggressione al diritto, cioè la *oggettività giuridica* del fatto: ed allora non ha influsso nè sulla *criminosità*, nè sulla *qualità*, nè sulla *quantità* del reato. Non se ne deve tenere conto alcuno nella definizione, perchè tenendone conto si falserebbe ciò che deve costituire l'oggettivo della medesima. Cosa importa che un documento sia stato alterato con acidi o con temperino o con la penna? Il delitto non sta nello usare la penna o la materia decolorante: sta nello *alterare il vero*. Qual pro si ricava dallo *enumerare i modi materiali nella definizione?* Utile nessuno bensì confusione e pericoli senza fine.

Oppure il *modo usato* per aggredire il diritto non è *un accidens* che sia indifferente alla *criminosità* o alla *quantità* del reato, ma è per lo contrario influente sopra alcuna di tali condizioni: ed allora bisogna riconoscere che questo

effetto di influsso non nasce da quel *modo* guardato nel puro suo essere di fatto; ma deve nascere da una modificazione nel *diritto aggredito:* altrimenti sarebbe ingiusto (assolutamente ingiusto) tenerne conto. Ora se il valore giuridico di quel *modo* sta (e deve inevitabilmente stare) nel suo influsso sulla natura, quantità od importanza dei diritti aggrediti, è evidente che la definizione deve esprimere il concetto del legislatore con referenza alla modificata *passione del diritto* e non alla mera diversità materiale del *modo* di *azione*. È impossibile escogitare una circostanza materiale di fatto che *costituisca* o *denaturi* o aggravi un reato se non si può designare una relativa modificazione nella *passione del diritto* conseguente per legge fisica o per legge morale a quello stato speciale di materialità soggettiva.

Chi potrebbe mai considerare come necessario in una definizione il modo col quale i ladri hanno atterrato il mio uscio per introdursi a rubare? O fosse leva o trapano o scalpello, ciò è indifferente. La aggravante risiede nella violazione accessoria del diritto ulteriore rappresentato dalla chiusura del mio stabile manomessa ed infranta, cioè dalla difesa privata renduta impotente dai ladri. La parola *effrazione* designa un risultato, come la parola *morte*, la parola *stupro*, o altra simile; risultato che in sè è materiale ma che ha un valore giuridico per il diritto che rappresenta. Finchè stiamo qui siamo nel campo dell'*oggettivo*, che è condizione assoluta della imputazione criminale e della sua misura. Quando si scende a descrivere i *modi* si va negli *accidens*, che per loro stessi non hanno valore giuridico. Tutte le definizioni viziose,

monche, e pericolose, che ho denunciato come tali in questi miei scritti, tutte peccano precisamente per questo lato dello essersi considerata come elemento della definizione, e come criterio principale (o essenziale o misuratore) del reato, la materialità subiettiva del fatto.

E dove è per il legislatore penale la necessità di correre incontro a tali pericoli, sostituendo nelle sue definizioni al criterio dello ideale giuridico il criterio insignificante di materialità perpetuamente variabili? Vediamo se ciò gli abbisogni per *dare la nozione* del reato: vediamo se ciò richieda la descrizione delle *qualifiche:* vediamo se ciò abbisogni all'ordinamento delle *degradanti.*

Non può escogitarsi una forma di malefizio principale che non sia bastantemente compresa da ogni uomo con l'aiuto del mero senso comune, mercè la semplicissima designazione del *diritto aggredito.* Desunta la nozione del reato dalla vita umana troncata; o dalla integrità personale offesa; o dal possesso violato; o dalla pudicizia contaminata; o dall'onore oltraggiato; o dalla fede monetaria distrutta, si ha tosto limpida la nozione dell'omicidio, della lesione personale, del furto, dello stupro, della ingiuria, del falso nummario, e così di ogni altro. Nulla interessa alla nozione il *modo* scelto dal colpevole: siasi leso il diritto in una od in altra guisa, la nozione è sempre la identica; e la differenza della subiettività materiale non fa divenire omicidio il furto, o falso nummario la ingiuria. Avvi bensì una *subiettività* che non deve essere dimenticata dal legislatore nelle sue definizioni onde sconfinare certi reati dai loro affini: ma questa non è davvero nel *modo* o nelle *materialità:*

è nella *subiettività morale:* è nello *stato della volontà dello agente;* e qui deve cercarla il legislatore per completare le singole definizioni, e distinguere le specie affini dei malefizi le une dalle altre. Questo criterio è necessario per distribuire proporzionatamente le imputazioni respettivamente dovute, e secondo il grado della intenzione reprimere differentemente i reati colposi e i dolosi, i reati commessi per istantaneo moto, ed i premeditati: e distinguere titolo da titolo, secondochè la intenzione dello agente mirava ad un *fine* piuttosto che ad un altro: al fine di offendere l'onore, o la pudicizia, oppure di offendere la salute corporea; al fine di ottener lucro o vendetta; al fine di sfogare rabbia o libidine: e così tener conto della *oggettività ideologica* speciale del colpevole combinandola con la *oggettività giuridica* del malefizio. Ma ci aggiriamo sempre attorno al criterio oggettivo che niente varia per la varietà del *modo materiale* adoperato. Con la medesima scure può recidersi l'albero per sottrarlo, e può recidersi per fare onta e dispetto ad un nemico: con la medesima penna può vergarsi sul foglio una falsa cambiale, ed un libello famoso; col medesimo acido può acciecarsi il nemico, ed adulterarsi la moneta. Il *modo*, in quanto alla nozione essenziale del reato è *un accidens* inutile a descriversi; e che entrando nella definizione non vi porta luce ma tenebre.

Il *modo* scelto dal colpevole può esercitare influsso sulla *quantità* del reato, e doversi considerare nella definizione delle *aggravanti* in qualche forma speciale di malefizio: e qui sorgerà il bisogno di darne cenno nella definizione. Ma questo sarà un bisogno *eccezionale*; e da siffatte eccezione-

lità non deve desumersi un precetto generale ed un sistema costante. Il *modo* influisce sulla quantità del reato quando *allarga od amplifica la lesione del diritto*, come lo scalamento o la violenza nel furto: sono due diritti lesi, sono due reati congiunti in uno, per la unificazione del fine; la ragione di essere della aggravante non risiede nella materialità subiettiva ma bensì sempre nell'*oggetto* del reato. E se per descriverla si usa un vocabolo che nel suo concetto naturale esprime una materialità (scalamento, effrazione) il giurista adopera quella parola perchè facendo astrazione dalla materialità egli contempla il *contenuto* della parola stessa, ossia l'oggettivo del diritto del proprietario sul recinto varcato, sull'uscio infranto, o simili, nel quale sta la vera essenza della qualifica. Ma non è già che per tale indicazione si obbedisca ad un canone che assolutamente richieda nelle definizioni dei reati la descrizione del *modo* usato. Si dice in genere *scalamento*, *effrazione*, *violenza*, per indicare l'oggettivo leso; e non si va cercando se il modo scelto fu la scala, o lo scalpello, o la fune, o il bastone.

Il *modo* altra volta influisce sulla *quantità* del reato, quando senza aggiungere offesa giuridica ad offesa giuridica *allarga* o rende più intensa la *paura* degli onesti, cioè la *forza morale oggettiva* del delitto, perchè se ne aumenta il pericolo nella vittima per la maggiore difficoltà di difendersi con le private sue forze. Così il *veleno*, ed in generale la *insidia*, sono qualifiche dell'omicidio non per il *modo* scelto e per i suoi caratteri materiali, ma perchè nella parola che designa quei modi vi è il contenuto di una og-

gettività più estesa per la ferita che più *larga* o più *profonda* ne deriva alla *opinione della propria sicurezza* negli onesti cittadini. Ma quando si è espresso il concetto di questo oggettivo con la parola *veleno* od *insidia*, null'altro importa sapere sul proposito *del modo* scelto: nè si va cercando se il *veleno* fu minerale o vegetale, se fu introdotto nel corpo della vittima per bocca o per altra via; nè se lo archibugio fu carico ad aria o a polvere pirica e con altra forza impellente.

Finalmente se volgesi lo sguardo sul rapporto del *modo* con le degradanti, se ne troverà nullo lo influsso anche qui: e conseguentemente se ne dovrà riconoscere superfluo il richiamo nella definizione delle *scuse*. La radice delle scuse sta tutta o in un meno di *effetto* prodotto dalla opera mia (conato, complicità) e la ragione di degradare sta sempre nel campo delle forze oggettive: oppure se la radice delle *scuse* ha sede in una forza soggettiva, essa deve cercarsi nella *soggettività morale*, e non nelle *accidentalità materiali* dei *modi* prescelti. Si cerca nel grado della intelligenza e della libertà dello agente, il quale è un fenomeno tutto interno operativo per sua speciale virtù, e che si misura nelle sue intime condizioni, e non per la varietà dei *modi* esteriori che lo hanno prodotto. Io sarò provocato tanto se il giusto mio sdegno si concitò con un modo quanto se con un altro; io avrò la scusa del giusto timore tanto se venni minacciato con arma da taglio o con arma da fuoco o con forze muscolari soverchianti le mie; io avrò la scusa dello smarrito intelletto, tanto se la ubriachezza mi fu cagionata da uno o da altro liquore o da altra sostanza; tanto se da

bibite quanto se da inalazioni stupefacenti. Il *modo* anche qui è sempre niente. Il legislatore è del tutto indifferente su questo o su quel *modo*, purchè abbia prodotto l'effetto morale escusante. Questo esso contempla e niente altro, perchè la somma ragione dello scusare sta qui e non in altro.

Ecco il vizio del metodo di definire che Rossi denunciò come erroneo, perchè con una lucida intuizione lo vide erroneo, senza però farsi chiaro alla mente il fonte dello errore. La formula della riprovazione giustissima ed inoppugnabile che merita quel sistema, si estrinseca nella reiezione perpetua e costante dalle definizioni penali di ogni rispetto alle *soggettività materiali* guardate come tali ed in loro stesse. E questa è una regola che noi consideriamo come assoluta e costante. Questa regola, già posta in sodo nelle osservazioni precedentemente raccolte, illustriamola un istante con una rapida escursione di altri esempii; e toccheremo con mano che le definizioni costruite sopra quel metodo peccano sempre di superfluità, e spesso generano confusione e pericolo.

Per trovare quel metodo portato al suo apogèo, e spinto (quasi dissi) fino alla idolatria, basta volgere l'occhio sul codice Sardo. Si apra a caso qualunque pagina, e ne avremo testimonianza. — Articolo 186 (disturbi al culto) *accompagnati da* percosse, ferite, *o altre circostanze che costituissero da sè uno speciale reato.* — Articolo 304 (guasto di monumenti) *chi avrà* distrutto, abbattuto, mutilato, *od in qualunque modo deteriorato monumenti.* — Articolo 318 (falso nummario) *Si commette col* raderla, *o col* tosarla, *o*

col fare uso di qualsiasi altro modo per sottrarne il valore. — Articolo 397 (guasto di mercanzie) *Chi* mediante materia corrosiva, *o con qualsiasi altro mezzo avrà alterato mercanzie.* — Articolo 501 (feticidio) *Chi* con alimenti, bevande, medicinali, *o con qualsiasi altro mezzo avrà procurato con effetto l'aborto di donna incinta* (della *non incinta* no!!). — Articolo 619 (scalamento) *Entrare* mediante apposizione di scala, *o con qualunque altro mezzo.* — Articolo 103 (complici) *Chi avrà procurato* le armi, gl'instrumenti, *o qualunque altro mezzo che avrà servito alla esecuzione del reato.* Più minute enumerazioni si trovano agli articoli 169, 286, 653, 202, 210, 407, 617, 618, 651; insomma da capo a fondo. Costantemente osservato, come se fosse un rito sacramentale, è da quei legislatori il sistema di empire gli articoli con le più minuziose e prolisse indicazioni di ogni materialità che parasi innanzi al loro pensiero, mentre già si è espresso il concetto cardinale della nozione criminosa con lo accenno della oggettività giuridica, cioè del diritto aggredito che vuolsi proteggere. Lo che quando è susseguito dalla *dizione universale* è una superfluità impacciosa e ridicola; e quando non lo è conduce a pericoli pratici per la *incompletezza* inevitabile del definito.

È una superfluità impacciosa e ridicola: perchè cresciuta a dismisura la mole degli articoli se ne ingombrano inutilmente le carte dei processi e delle sentenze. E ciò porta poscia ad abolire quel savio precetto religiosamente osservato sotto altri codici della *trascrizione integrale* dell' articolo applicato nelle sentenze condennatorie; ed a contentarsi (per necessità) della *nuda indicazione del nu-*

mero dell'articolo: lo che ad un tempo minora le guarentigie, e notevolmente diminuisce lo effetto morale della lettura in pubblico della sentenza: e vi vuol poco a capirlo. L'articolo applicato minaccia (a modo di esempio) il carcere da un mese a due anni: il volgo presente alla udienza che vede applicarsi a quell'accusato la pena di un solo mese quando ascolti la lettura di tutto lo articolo comprende però che il giudice poteva anche irrogare due anni: e se ne parte con il calcolo che commettendo egli un fatto uguale, potrà essere colpito da pena molto più grave: laddove l'uomo volgare che ascolta infliggere il mese dietro la semplice indicazione del numero dell'articolo, facilmente si induce a credere che il mese sia la pena ordinaria minacciata dalla legge a quel fatto, e ne piglia coraggio a commetterlo. E poichè lo ha commesso fa le meraviglie al patrono quando gli dice che può essere colpito da due anni di prigionia; e non vuole crederlo, perchè ricorda che per quello stesso articolo era stato al suo precursore irrogato più leggiero castigo. La concisione, quando non nuoce alla chiarezza, è nello aspetto estetico il più splendido pregio di un codice penale.

Si va poi nel ridicolo con quel sistema perchè si fa della rettorica in un codice penale. Un oratore acquisterà lode se con minutissime enumerazioni magnifica ogni singola parte dell'oggetto che vuol descrivere; sarà bello artificio del poeta se dipingendo il giardino di Armida spazia sui giacinti, sulle viole, sugli anemoni, ed altro simile: ma il legislatore quando ha detto tutti i fiori, ha detto ciò che doveva dire; e dice ciò che non deve dire se si allarga di

più. Quando si è detto dalla legge che vuolsi punito l'aborto *con qualunque mezzo* procurato, a qual pro soggiungere la esemplificazione degli *alimenti* e delle *bevande* (pleonasmo di pleonasmo, che proprio mostra la superstizione del cicaleggio) ed i *medicinali;* e così via discorrendo. La *dizione universale* niente lascia fuori di sè; proprio niente: e quando il legislatore si arresta su quella può essere tranquillo che non vi è forma nè modo criminoso il quale possa sottrarsi al precetto da lui dettato. Lo aggiungere alla *dizione universale* (*con qualunque altro mezzo; in ogni altro qualsiasi modo;* e simili) anche la designazione di una *specie* determinata di atti o di mezzi (*armi; percosse; rasura*, e simili) può indurre il sospetto che la *dizione universale* sia *demostrativa*, e che sia invece *tassativa* la indicazione delle *specie;* o che per lo meno questa valga a restringere la *dizione universale* nel cerchio di una rigorosa analogia: lo che guida diritto a sottrarre alla sanzione della legge quei casi che il legislatore aveva avuto volontà di comprendervi.

Che se poi alla enumerazione della *specie* non precede o non sussegue la *dizione universale,* il pericolo è allora manifesto e palpabile: diamone esempi. L'art. 200 mira a proteggere l'onore e la dignità personale degli agenti della pubblica forza; e descrive il relativo delitto con i seguenti termini — *l'oltraggio fatto con parole, con gesti, o con minacce, a qualunque agente della forza pubblica.* Ma non bastava egli al bisogno lo aver detto *oltraggio?* Era forse a temersi che i giudici scambiassero l'*oltraggio* con le *ferite* o con le *percosse?* No: bisognava obbedire alla regoletta sacramentale. Non parve bastare alla definizione il criterio

oggettivo dell'onore e dignità offesa, criterio che nitidamente si estrinseca nella parola *oltraggio:* parve bisognasse ancora aggiungere la indicazione del criterio della soggettività materiale indicando i mezzi adoperati: mancare a questo pareva fosse un ottavo peccato mortale. Si volle aggiungere, *parole, gesti, o minaccie.* Ebbene! Se taluno nelle condizioni dell'articolo 260 eseguirà sopra la persona del pubblico agente un getto di fetente liquido bisognerà dire che questo non è l'*oltraggio* tassativamente previsto dall'articolo 260, e sottrarre quel fatto dalla pena speciale; perchè certamente quel getto non è nè una *minaccia*, nè un *gesto*, nè una *parola*. Uguale osservazione si riproduce sull'articolo 672, dove il legislatore Sardo accintosi a dare la definizione dei danni recati alle proprietà campestri, si immerse in tale enumerazione di modi da procurare l'assoluzione a cinquanta danneggiatori su cento. Uguale censura merita l'articolo 311, dove coartando la prevaricazione dello Avvocato alla mera subiettività materiale dei *doni* o *promesse*, invece di fermarsi allo *obiettivo* del *fine* di lucro od utile personale, si prepara all'Avvocato prevaricatore il mezzo di eludere la sanzione. Uguale pericolo sorge dallo articolo 342 del codice Sardo ove si presero a definire le falsità documentali commesse dai Notari. Non bastò a quel legislatore ciò che è bastato e basta a tanti altri; vale a dire la formula obiettiva *alterazione del vero;* no: bisognava aggiungere la descrizione dei modi usati; e così si soggiunse *sia scrivendo disposizioni o convenzioni diverse da quelle che fossero state dettate distese o concordate dalle parti, sia dichiarando come fatti veri quelli che sono falsi, o come fatti*

riconosciuti quelli che non lo furono. E così bisogna riconoscere che possono verificarsi forme di alterazione del vero maliziosamente commesse dal Notaro in un contratto od in un testamento, e capaci di rovinare un patrimonio, le quali evadano la pena dell'articolo 342 perchè eseguite con modi diversi da quelli colà descritti. Bastino questi pochi esempi, fra i moltissimi che si potrebbero addurre, a svolgere il mio concetto ed a mostrare la verità della tesi da me sostenuta.

Lo stesso Rossi nel suo scritto intitolato *sur le principe dirigeant des lois* (*Mélanges, vol.* 2, *pag.* 417) osservò che la manìa delle minuziose enumerazioni dei casi nelle leggi derivava dal desiderio di frenare quanto era possibile l'arbitrio dei giudicanti: ma osservò al tempo stesso che questa era una falsa via, perchè conduceva ad effetti precisamente contrari. La minuziosa descrizione non toglie l'arbitrio ma gli somministra dei pretesti; cosicchè al giudice resta l'*arbitrio* ma si sottrae alla *responsabilità.* Verità profonda e giustissima.

Ma io non voglio parere idolatra parziale del codice penale Toscano, nè velarne le mende quando vi sono. Anche il legislatore Toscano cadde talvolta in questo deplorabile vizio. Furono rarissime tali cadute: e derivarono dalla instantanea insinuazione che volle farsi in quel codice di qualche articolo di occasione accattato da leggi straniere. Così ne trovai colà uno esempio nell'art. 206, e non mi astenni dal censurarlo acremente, quantunque fosse nel codice Toscano. L'art. 206 punisce la *radunata popolare che abbia nelle pubbliche strade manifestato disapprovazione o desideri con strepiti, clamori, od in altra qualunque ma-*

niera. Ecco disvelato il tipo genuino del plasticismo Sardo. Una *dizione universale* esornata con *indicazioni speciali*. Ebbene: cosa ne avvenne? Pochi anni dopo la pubblicazione del codice si tradussero a giudizio alcuni imputati di *radunata popolare*. Ma costoro avevano rispettosamente manifestato i loro desiderii senza *strepiti* e senza *clamori*. Di qui acerba disputa intorno a decidere se il *clamore* e lo *strepito* fosse enunciativa oziosa nell' art. 206 gettata là come un fiore rettorico; o se piuttosto costituissero un estremo tassativo del malefizio, che per lo meno costringesse il giudice a cercare nei mezzi adoperati una *analogia* con lo *strepito* o col *clamore*. Seria fu la controversia che portossi fino alla Suprema Corte di Cassazione di Firenze: la quale col suo decreto del 30 giugno 1855, trovò in quel caso come costituente del malefizio la sola *dizione universale — in qualunque altra maniera*; senza però farci sicuri che in diverse circostanze di fatto possa diversamente giudicarsi. Ecco gli effetti inevitabili e perniciosi del metodo che combatto!

Comprendasi che ogni definizione *di ciò che è* deve avere per criterio cardinale *ciò che lo fa essere* tale qual è. Ma il delitto non è tale per la specialità di uno o di alrto *mezzo* adoperato; è tale per la specialità del *diritto* o principalmente o accessoriamente aggredito. Dunque per avere definizioni esatte in penale non bisogna innamorarsi del sacramentalismo di certe parole, nè della gretta considerazione di certe materialità. Il diritto leso dà la essenza al reato; il diritto leso si comprende (o meglio si sente) da tutti o giuristi o non giuristi. Nella definizione dei reati fermatevi qui. Mira-

colo che nel definire l'omicidio vi siate contentati di dirlo la strage dell'uomo, senza soggiungere *commessa con bastone, con sasso, coltello o qualunque altro mezzo.* L'aborto procurato riceve la sua essenza come delitto dalla vita del feto immaturatamente recisa; non riceve la sua essenza dalla sabina o dalla segale cornuta od altro mezzo abortivo. Il danno rurale tragge la sua essenza dal diritto di proprietà manomesso, e non dalla incisione o dalla escoriazione della pianta, o dal corrosivo insinuato nei suoi filamenti. Tutto ciò che non tiene alla *essenza* della cosa che vuol definirsi è un *accidens esteriore*; e la definizione non deve tenerne conto.

Così le minoranti che derivano dalla forza morale soggettiva del malefizio hanno la loro *essenzialità* nello stato eccezionale dello animo dello agente: menomata *coscienza* nello intelletto, o menomata *libertà* nel volere. La definizione della scusa deve dunque circoscriversi attorno a questo essenziale. I centomila mezzi o circostanze materiali che possono essere state o causa od occasione dello intorbidamento dello intelletto o della restrizione di libertà nel giudicabile, sono un *accidens esteriore* alla vita intima della scusa. Non corra dunque il legislatore in cerca di queste materialità infinitamente variabili. Comprenda una volta che egli non è chiamato come il retore o come l'etimologista a dare una *definitio nominis*, ma deve definire una *idea:* sempre una *idea.* La *idea* del diritto offeso quando definisce il delitto: la *idea* di ciò che costituisce o modifica la imputabilità dell'uomo quando definisce una minorante. Finchè egli si arresta qui darà sempre delle definizioni *complete* ed

intese facilmente da tutti, perchè quando si è espresso ciò che costituisce l'ente, mai è da temersi che dicasi o più del definito o meno del definito. Il delitto è un ente giuridico; la imputazione è una fase morale dell'ente giuridico: dunque le rispettive definizioni devono essere tratte dal campo giuridico e dal campo morale, e non dalle materialità esteriori, le quali possono essere *costitutive* soltanto di un ente di puro *fatto*. Altrimenti si cade nello errore già deriso nel filosofo Greco, che definì l'uomo essere un animale *bipede* e senza penne, disconoscendo ciò che è il solo carattere distintivo della specie umana dagli altri animali, voglio dire la *ragione*.

Ma poichè in questo epilogo ho preso a contemplare la teorica insegnata dallo apostolo dei dottrinari francesi nella sua prima parte dove svolge lo assunto che in tema di redazione di leggi non vi siano regole *immutabili* da stabilire; così mi piace tornare su quella teorica nella seconda sua parte, dove il Rossi procede a segnare alcune di quelle regole denominandole *directions pratiques pour la rédaction des lois*.

Alcune di queste regole sono generalità semplici e piane che non hanno bisogno di essere dimostrate. Tutti sanno, per esempio, che in ogni studio deve sempre procedersi dal *semplice* al *composto;* dalla cosa nello stato ordinario e normale, alla cosa nello stato straordinario ed eccezionale. Così si capisce benissimo che giustamente Rossi consigli al legislatore penale di stabilire primieramente la pena del delitto *semplice;* passare poscia alla pena del delitto *qualificato*; e per ultimo scendere a determinare la

pena del delitto *degradato*. Tutto questo (che è questione piuttosto di *ordine* che di *locuzione)* si capisce benissimo; ma non fa fare grandi passi allo studio nostro.

È pure indiscutibile l'altra regola suggerita da Rossi che la legge descriva le aggravanti *separatamente* l'una dall'altra in diversi articoli, perchè possa sopra ciascuna di loro sottoporsi una distinta questione ai giurati. Ma anche questa è regola di *ordine* più che di locuzione.

Parimente si capisce di facile l'altro insegnamento che quando il legislatore dopo definito il delitto *semplice*, vuole far passaggio a definire il delitto *qualificato*, debba indicare la *circostanza costitutiva* della qualifica. Ciò nel suo punto di vista astratto sta benissimo. Ma non concedo al Rossi l'applicazione che dà al suo concetto quando prosegue a dire, *mais, au lieu de donner une définition sous des formes abstraites, il faut donner la description du fait en la tirant, autant qu'il est possible,* des actes phisiques *qui le constituent*, ou des effets nuisibles *qu'il produit*. Qui lo illustre filosofo torna a confondere il *soggettivo* con l'*oggettivo*. Ed io non accetto la sua alternativa. È ben dovere che si tragga la nozione della aggravante (come quella del delitto principale) *dallo effetto nocevole* che la circostanza stessa produce; sia questo un effetto *fisico* (danno immediato), sia questo un effetto *morale* (danno mediato). Ciò è ben dovere, perchè siamo sempre nel campo dello oggettivo. La designazione dello effetto nocevole esprimendo sempre un *diritto ulteriore aggredito*, siamo sempre nella regola che noi propugniamo. Tanto vale che si dica furto *accompagnato da violenza sulle persone;* tanto vale si dica

furto *accompagnato da restrizione della libertà personale*. La mente dalla parola *violenza* è subito condotta a percepire la libertà manomessa. Così la parola *effrazione* o *scalamento* conduce subito a contemplare la *difesa privata* del dominio, la quale fu vinta e superata dal ladro: ed ognuno capisce che il criterio essenziale della qualifica è lo ulteriore diritto violato, e non l'accidentalità della fune, della scala, o del palo di ferro usufruito dai malfattori. Ma che debbano le circostanze aggravanti descriversi con indicazione *des actes phisiques qui la constituent*, io non posso concordarlo. Quando ho detto *violenza*, niente mi cale di designare l'atto fisico di aver legato il proprietario con funi o averlo minacciato con arme. Quando ho detto *effrazione*, niente mi importa di designare lo schiodamento dei serrami o lo smuramento della parete. Quando ho detto *scalamento*, niente mi importa descrivere la scala o la corda adoperata dal ladro per insalire. Ciò che mi interessa si è di fare comprendere che la qualifica consiste nella violazione del diritto che aveva la vittima alla sua libertà personale od alla integrità dei ripari apposti alle sue proprietà. La minuta designazione del *fatto fisico* che costituisce l'aggravante è una superfetazione impacciosa. Se nella definizione del legislatore sta come contenuto lo effetto giuridico del fatto, lo aggiungere la descrizione della soggettività materiale è un vano spreco di parole. Se al contrario quel contenuto non vi è, la definizione della aggravante che (giusta il consiglio di Rossi) si appaga di designare il fatto fisico che la costituisce, renderà prima o poscia incompleta la definizione, e la esporrà al pericolo di rappresentare meno del

definito. Non è vero che limitandosi a designare la *violenza* usata sopra la vergine con la sola parola *violenza*, si esprima la circostanza o aggravante o costitutiva con una *idea astratta;* nè che descrivendo la *adulterazione della moneta* o la *alterazione del vero* con le sole parole *adulterazione*, o *alterazione*, si rimanga nel campo delle idee astratte; sicchè siavi bisogno di aggiungere la descrizione del fatto fisico, accennando le braccia compresse, la lima che rade, o la penna che cancella. Così non è vero che descrivendo la *ubriachezza* con la parola *ubriachezza*, si resti nel campo delle idee astratte, sicchè siavi bisogno di accennare *al fatto fisico* che produsse quello stato, dando cenno delle sostanze spiritose bevute o inalate. No: non siamo nel campo delle *idee astratte* quando si usa una parola che esprime la *forza fisica oggettiva* del reato o della aggravante o della degradante: non è ciò vero, perchè la oggettività fisica non può non presentare come suo necessario contenuto la oggettività giuridica: e tutto è spiegato senza bisogno di più.

Finalmente il Rossi torna ad aggirarsi sulla *definitio nominis*, ed ecco la regola che egli detta. O il delitto (egli dice) che vuolsi punire ha un *nome* generalmente conosciuto ed inteso dal popolo al quale detta i precetti suoi, o non lo ha. Se non lo ha deve fare egli l'ufficio del *momenclator*, e dargli il nome e descrivere il fatto che vuole vietare.

E se lo ha deve astenersi scrupolosamente da qualunque definizione e dire soltanto il delitto x è punito così; il delitto y è punito così. Ma la prima parte di questo dilemma lascia intatto il problema. Perpetuo problema che consiste nel determinare il *come* debba la legge definire il reato o

la circostanza aggravante o scusante: se cioè debba desumere tali definizioni dalla materialità *fisica*, oppure da quella che il Rossi chiama idea *astratta*, e che per me è una idea concreta, perchè non so adattarmi a riconoscere una *idea astratta* nel diritto di possesso, nel diritto di inviolabilità personale, o di domicilio, ed altri simili; come non so adattarmi a riconoscere una *idea astratta* nel timore o nella alterazione di mente.

La seconda parte di quel dilemma contempla poi una ipotesi che io credo rarissima ed eccezionale. Suppone che quando un delitto ha un *nome* che corre universalmente nel popolo, ciò basti per credere che la *nozione* annessa al significato di quel *nome* nell'uso volgare si identifichi sempre con la *nozione giuridica* che al mezzo del *nome* stesso vorrebbe contemplare il legislatore. Questo può dirsi finchè si tratta di cose materiali. Ridicolo sarebbe il legislatore che definisse cosa è *muro*, cosa è *uscio*, cosa è *strada*, cosa è *sigillo*, cosa è *lettera*, e simili. Ma quando trattasi di enti morali o di enti giuridici, non è; assolutamente non è: e ripeto che ciò si verifica forse in un caso su cento. Altro è il furto, altro la bigamia, altro il falso, altro l'adulterio, altro la frode, altro lo scalamento, altro la istigazione, altro il fallimento nel concetto del volgo. Altro e ben differente è il furto, la bigamia, il falso, l'adulterio, la frode, lo scalamento, la istigazione, il fallimento nel concetto giuridico che forma esclusivamente l'obiettivo delle minaccie penali nello intendimento dei vari codici. Questa è una verità intuitiva. La esistenza di un *nome* ricevuto dal volgo non è vero che risparmi al legislatore la *definitio rei*, mentre la diversità

dei concetti rispondenti a quel *nome* necessita la *definitio nominis*. Cosicchè anche dove il volgo adopera un *nome* persiste sempre la necessità della definizione, perchè si conosca che nella legge quel *nome* rappresenta più o meno di quello che rappresenta nel linguaggio comune: ed anzi la esistenza di quel *nome* di vario significato rende più necessaria la sua esatta circoscrizione; e così, anche dove si ha il desiderato *nome* volgare, si affaccia sempre il bisogno di decidere se la spiegazione di questo *nome* debba trarsi dal criterio morale o giuridico, come io sostengo, o piuttosto dal criterio della soggettività materiale sempre mutabile ed incompleta.

Se pertanto quell'uomo illustre di Pellegrino Rossi quando si mise a scranna in un corso di diritto penale per insegnare cattedraticamente i precetti da seguirsi nella redazione dei codici, concluse col non concludere niente, e con lo involversi in osservazioni perplesse e spesso contradittorie ed erronee; non sarà vergogna per me se dopo lunghe e severe meditazioni non sono riuscito a costruire sullo argomento una teorica netta e completa. Ciò spero non mi sarà cagione di vergogna: nè mi si vorrà ascrivere a temerità questa pubblicazione monca, disordinata, e sconnessa, quando ho già premesso e finisco col ripetere che col presente libro non intesi costruire una dottrina, ma soltanto presentare al pubblico alcuni pensieri che credetti potessero servire di materiale alla costruzione di tale dottrina.

INDICE

INTRODUZIONE. — *Idea e Metodo* . . . . . pag. 1

OSSERVAZIONE I. — Difesa sociale — Tutela giuridica — Empirismo e Ragione . . . . . » 11

Si dimostra che il legislatore penale prima di porsi all'opera del suo codice deve prestabilirsi nell'animo il più vero principio fondamentale del *diritto di punire*, e ad ogni suo passo mantenersi religiosamente obbediente alle esigenze del medesimo.

OSSERVAZIONE II. — Il Codice per i Giurati . . . . . » 87

Si dimostra che il legislatore nel comporre le sue *leggi proibitive* deve sempre scegliere il modo più facile e piano ed accessibile a tutti, perchè le medesime sono primariamente e principalmente dirette al popolo, il quale ha bisogno di trovarvi chiara la norma della propria condotta; al che non supplisce la sapienza maggiore o minore dei giudici che dovranno applicarle, o il rito o la formula col quale verranno eventualmente applicate.

OSSERVAZIONE III. — Criterii prossimi delle definizioni . » 101

Si dimostra come il legislatore penale debba prendere i criterii delle sue definizioni ora dalla *soggettività morale* del malefizio ed ora dalla sua *oggettività giuridica*, secondochè il fine della disposizione che detta è quello di circoscrivere una *degradante*, oppure quello di circoscrivere la *nozione* di un reato e delle sue aggravanti: mai fermarsi a certe *materialità esteriori*, le quali *in loro stesse* non hanno ragione determinante immediata.

OSSERVAZIONE IV. — § 1. Scalamento . . . . . » 113

§ 2. Tempo di notte . . . . . » 115

§ 3. Adulterio . . . . . » 131

§ 4. Privilegio del complice nell'adulterio. (*A*) Critica del concetto . . . . . pag. 141

(*B*) Critica della definizione . . . . . » 148

Si dimostra che quando la ragione giuridica di una scusa ha il suo fondamento nello *stato dell'intelletto* o nello *stato della volontà* dell'agente, deve il legislatore descriverla con termini che designino quello *stato* anzichè farla dipendere da certe materialità eventuali ed inconcludenti.

OSSERVAZIONE V. — Mistificazioni . . . . . » 157

Si dimostra che il legislatore penale nel manifestare al pubblico i *motivi* ed i pensieri che lo hanno guidato nella formazione del suo codice deve essere sempre *sincero* e *coerente* onde egli non apparisca traditore o mistificatore del popolo.

OSSERVAZIONE VI. — Suggesto . . . . . » 177

Si dimostra che quando il legislatore stabilisce il *rito* che deve essere di freno agli agenti della giustizia e di guarentigia alle libertà civili, non deve contentarsi di dare dei *consigli*, ma deve comporre *ordini* che abbiano sicurezza di essere rispettati.

OSSERVAZIONE VII. — Adulterio a danno di coniuge pazzo » 185

Si dimostra la utilità che nel descrivere i reati perseguitabili a sola querela dell'offeso si definiscano eziandio le condizioni morali e giuridiche nelle quali dovrà versare l'offeso stesso perchè sia efficace la sua querela.

OSSERVAZIONE VIII. — Testimoni eccettuati . . . . . » 191

Si dimostra che il legislatore deve riservare esclusivamente a sè stesso quei provvedimenti eccezionali, che osteggiando le leggi di natura non sono tollerabili, tranne in caso di suprema necessità.

OSSERVAZIONE IX. — Matrimonio ecclesiastico . . . . . » 203

Si dimostra la utilità che, quando una relazione fra due cittadini può essere operativa di *effetti giuridici* e operativa di *effetti morali*, la legge, che pei fini penali valuta quella relazione, dichiari se la valuta nel primo o nel secondo punto di vista.

OSSERVAZIONE X. — Arbitrio sopra la legge . . . . . » 219

Si dimostra che il legislatore penale nel determinare il regolamento di due competenze concorrenti deve dettare, per quanto è possibile, un precetto assoluto e costante, anzichè lasciare la scelta all'accusatore.

OSSERVAZIONE XI. — Momento consumativo del furto . . » 229

Si dimostra la utilità che quando in un reato può apparire dubbioso il suo *momento consumativo*, sia dalla legge definito in termini chiari, onde non avvenga che per l'identico fatto si punisca oggi un cittadino come responsabile di delitto consumato, e dimani altro cittadino come responsabile di semplice tentativo.

OSSERVAZIONE XII. — Resistenza — Armi . . . . . pag. 285

Si dimostra che il legislatore penale deve disporre in guisa da evitare sempre la iniquità che un cittadino incorra un aggravamento di pena per un fatto altrui che egli non *conobbe* nè *coadiuvò*: e peggio ancora che porti a pena più *grave* il fatto accompagnato da circostanze più *lievi* ed a pena più *lieve* il fatto accompagnato da circostanze più *gravi*.

OSSERVAZIONE XIII. — Soppressione — Pregiudicialità . . » 291

Si dimostra che il legislatore quando vuole statuire una *pregiudicialità* impeditiva del corso di un'azione penale deve farlo con termini i quali colpiscano i soli casi dove la pregiudicialità è possibile.

OSSERVAZIONE XIV. — § 1. Contumaci e difesa . . . . » 305

§ 2. Contumaci e presenti . . . . . » 316

Si dimostra peccare contro la buona giustizia il legislatore penale che nel dettare gli indispensabili provvedimenti da usarsi contro i rei contumaci, si lascia andare alla signoria del vecchio odio contro la contumacia, fino al punto di condurre a pericoli la innocenza.

OSSERVAZIONE XV. — § 1. Furto — Valore — Aggio . . » 323

§ 2. Furto — Gaz . . . . . » 328

Si dimostra che ogni qualvolta la quantità di un reato dipenda dal *valore* di certi oggetti, o la sua quantità dipenda dalla loro *natura*, è utile che il legislatore si ponga al livello dei movimenti commerciali ed industriali del suo paese, eliminando con parola positiva le difficoltà che possono sorgere da quei movimenti.

OSSERVAZIONE XVI. — Simulazione di delitto . . . . . » 331

Si dimostra che quando nel contesto di un'azione criminosa vengano eventualmente a sorgere due possibili titoli di reato che si unificano per la unicità del disegno in un solo reato, deve la legge dettare i canoni che sciolgano il nodo.

OSSERVAZIONE XVII. — Mai presunzione di reità . . . . » 337

Si dimostra che il legislatore deve formulare le sue disposizioni in guisa da lasciare sempre utile a favore del reo l'effetto dello stato di dubbio, sicchè la presunzione della innocenza o della colpa minore mai corra rischio di essere rovesciata.

OSSERVAZIONE XVIII. — Massimi e minimi . . . . . » 343

Si dimostra che quantunque i progressi attuali della scienza penale abbiano lodevolmente generalizzato il sistema delle pene *relativamente determinate*, le quali lasciano al giudice fra un massimo ed un minimo un sufficiente spazio da percorrere secondo prudenza sua a norma delle speciali circostanze, questo sistema ha però bisogno di essere completato con un precetto che determini la *pena ordinaria* fra quelle due estremità.

OSSERVAZIONE XIX. — Accettazione di rinunzia a querela privata . . . . . pag. 351

Si dimostra che il cittadino accusato ha sacro diritto a veder proclamata la propria innocenza da una pronunzia giudiciale o provvisoria o definitiva, e che questo diritto deve essergli mantenuto dalla legge.

OSSERVAZIONE XX. — Mai presunzioni juris et de jure in penale . . . . . » 361

Si dimostra quanto sia grave l'errore di una legge che dalla identica condizione di una persona deduce due *presunzioni contraddittorie*.

OSSERVAZIONE XXI. — Testimonianze anonime . . . . . » 367

Si dimostra che una buona legge procedurale mai deve ammettere che possano in un processo criminale accettarsi testificazioni di persone che nascondono il loro nome.

OSSERVAZIONE XXII. — Causa nei reati di sangue . . . » 377

Si dimostra che quando il legislatore vuole descrivere una aggravante od una diminuente per qualche speciale delitto, deve indicarla con formula che si connetta alla *ragione giuridica* di aggravare o di scusare, anzichè con la indicazione di qualche *accidentalità materiale* la quale non riproduca costantemente quella *ragione*.

OSSERVAZIONE XXIII. — Disposizioni inutili e pericolose . » 385

Si dimostra che il legislatore si rende ridicolo quando converte in articolo speciale di legge gli effati del senso comune: e di più cade nel vizio di poca previdenza quando dopo ciò dimentica la sanzione del precetto.

OSSERVAZIONE XXIV. — Unità di legge penale . . . . . » 393

Si dimostra che in un vasto regno composto di diverse provincie le quali hanno raggiunto differente grado di civilizzazione il desiderio di sottoporre tutte quelle provincie ad una *identica legge penale* è ingiusto e disutile.

CONCLUSIONE . . . . . » 409

Presso la stessa Libreria

FRATELLI BOCCA

LIBRAI DI S. M.

CODICI

Codice Civile in-8° . . . . . L. 5 »
Detto, Indice in-8° . . . . . » 1 »
— di Procedura Civile in-8° . . . . . » 3 »
Detto, Indice in-8° . . . . . » 1 »
— Penale in-8° . . . . . » 3 »
— di Procedura Penale in-8° . . . . . » 3 »
Detto, Indice in-8° . . . . . » 1 »
— di Commercio in-8° . . . . . » 2 50
— di Marina Mercantile in-8° . . . . . » 1 50
— Penale Militare in-8° . . . . . » 2 50
— Penale Militare Marittimo in-8° . . . . . » 2 50
— Farmaceutico Veterinario Militare in-8° . . . » 3 »

EDIZIONI TASCABILI

Codice Civile . . . . . L. 2 »
— di Procedura Civile . . . . . » 1 50
— Penale . . . . . » 1 »
— di Procedura Penale . . . . . » 1 50
— di Commercio . . . . . » 1 50

Quest'edizione è corredata dalla relazione del Ministro e da un indice alfabetico analitico.

Ahrens Enrico. Corso di diritto naturale o di filosofia del diritto. Nuova traduzione di Alberto Marghieri. Napoli 1872. 2 vol. in-8° . . . . . L. 10 »

Amari Emerico. Critica di una scienza delle legislazioni comparate. Genova 1857. 1 vol. in-8° . . . . » 7 20

Arlia Costantino. Le Convenzioni d'estradizione tra il Regno d'Italia e gli Stati stranieri, esposte ed annotate. Torino 1871. 1 vol. in-8° . . . . . » 6 »

Arndts Lodovico. Trattato delle Pandette. Prima versione italiana del prof. Filippo Serafini. Bologna 1872. Vol. 1° e 2° in-8° . . . . . » 17 75

Ascoli Prospero. Giurisprudenza teatrale, studi. Firenze 1871. 1 vol. in-8° . . . . . » 4 »

Augias Carlo. Il Potere civile. Ancona 1871. 1 vol. in-8° » 6 »

Barinetti Pietro. Introduzione allo studio del Diritto Romano. Pavia 1860. 1 vol. in-8° . . . . L. 7 50

Bonasi Adeodato. Della responsabilità penale e civile dei ministri e degli altri ufficiali pubblici secondo la legge del Regno e la Giurisprudenza. Bologna 1874. 1 vol. in-8° . . . . . » 10 »

Boron Luigi. L'articolo 194 del Codice di procedura penale, studio di giurisprudenza. Milano 1873. 1 vol. in-12° » 2 »

Borsari Luigi. Commentario del Codice civile italiano. Torino 1872-73. Disp. 1 a 29 in-8° . . . . » 29 »

L'Opera formerà quattro grossi volumi.

— Il Codice di commercio del Regno d'Italia annotato. Torino 1870. 2 vol. in-8° . . . . . » 33 »

— Trattato speciale dell'azione penale. Torino 1866. 1 vol. in-8° . . . . . » 7 50

— Il Codice italiano di procedura civile annotato. Torino 1872. Terza edizione. Dispensa 1 a 19 . . . . » 19 »

L'opera sarà completa in 25 o 30 dispense.

Bufalini Francesco. La nuova giurisprudenza amministrativa italiana, corredata delle opinioni degli autori, coll'aggiunta della giurisprudenza civile, penale e di procedura. Firenze 1872. 1 vol. in-8° . . . . » 6 »

Buniva Giuseppe. Del diritto delle persone secondo il Codice civile del Regno d'Italia. Torino 1871. 2 vol. in-8° » 14 »

— Delle successioni legittime e testamentarie secondo il Codice civile del Regno d'Italia. Torino 1870. 1 vol. in-8° » 5 »

— Dei beni e della proprietà secondo il Codice civile del Regno d'Italia. Torino 1869. 1 vol. in-8° . . » 3 50

Calandra Claudio. Manuale idraulico legale. Savigliano 1871. 1 vol. in-12° . . . . . » 4 »

Carle Giuseppe. Dell'appellazione secondo il Codice di procedura civile italiano. Dissertazione. Torino 1868. 1 vol. in-8° . . . . . » 2 50

— De exceptionibus in Jure romano. Dissertatio. Augustae Taurinorum 1873. 1 vol. in-8° . . . . . » 3 »

— La dottrina giuridica del fallimento nel diritto privato internazionale. Memoria premiata. Napoli 1872. 1 vol. in-8° . . . . . » 3 »

— Prospetto d'un insegnamento della Filosofia del Diritto. Parte generale. Torino 1874. 1 vol. in-8° . . » 5 »

Carnazza Amari G. Elementi di Diritto internazionale. Catania 1867. vol. 1° in-8° . . . . . » 5 50

Carrara Francesco. Lineamenti di pratica legislativa penale. Torino 1874. 1 vol. in-8° . . . . . » 8 »

? — Opuscoli di Diritto criminale. Lucca 1870. 3 vol. in-8° » 21 »

? — Programma al Corso di Diritto criminale. Parte generale. Lucca 1871. 1 vol. in-8° . . . . . » 7 »

Carrara Francesco. Programma al Corso di Diritto criminale. Parte speciale. Lucca 1870. 7 vol. in-8° . L. 42 »

Casanova Ludovico. Del Diritto internazionale. Firenze 1870. 2 vol. in-8° . . . . . » 8 »

— Del Diritto costituzionale. Firenze 1869. 2 vol. in-8° » 8 »

Cattaneo Vincenzo e **Borda Carlo.** Codice civile annotato. Torino 1873. Seconda edizione, dispense 1 a 7 » 7 »

L'opera sarà completa in 28 o 30 dispense.

Cerruti G. Emilio. Della deportazione come base fondamentale delle riforme carcerarie e della Colonizzazione italiana. — Lettera al cav. Tancredi Canonico, prof., ecc. Torino 1872. 1 vol. in-8° . . . . . » 1 »

Codice Penale dell'Impero Germanico. Traduzione italiana con prefazione e note del prof. Francesco Carrara. Torino 1874. 1 vol. in-8° . . . . . » 3 »

Colomba Defendente. Delle lettere di cambio e dei biglietti all'ordine. Torino 1863. 1 vol. in-8° . . » 1 50

De-Crescenzio Nicola. Sistema del diritto civile romano. Napoli 1869. 4 vol. in-8° . . . . . » 20 »

Della Bona avv. **Giovanni** prof. Manuale di legislazione rurale conforme ai programmi governativi per gli allievi degli istituti tecnici, preceduto da una parola sulle condizioni dell'agricoltura in Italia. Milano 1873. 1 vol. in-8° . . . . . » 2 »

Del Lungo Raffaello. Dei reati di mera creazione politica. Firenze 1870. 1 vol. in-8° . . . . . » 6 »

Del Rosso prof. **Federigo.** Alcuni cenni sulla logica del diritto civile privato. Pisa 1866. 1 vol. in-8° . » 5 »

Diena avv. **Marco.** Della Procedura in contumacia nelle cause correzionali. Venezia 1873. 1 vol. in-8° . » 1 »

Dionisotti Carlo. Della servitù delle acque secondo il Codice civile italiano. Torino 1868. 1 vol. in-8° . » 6 »

Donelli Hugonis. Opera omnia cum notis Osualdi Hilligeri. Roma, Salviucci, 1828. 12 vol. in-folio.

Acquisitori delle poche copie rimanenti di questa grande opera ne abbiamo ridotto il prezzo a . »120 »

Doveri Alessandro. Istituzioni di diritto romano. Firenze 1866. 2 vol. in-8° . . . . . » 20 »

Esperson Pietro. Diritto cambiario internazionale. Firenze 1870. 1 vol. in-8° . . . . . » 2 50

Farnese Leopoldo. Proposta di un Codice di diritto internazionale. Roma 1873. vol. 1° in-8° . . . » 5 »

Ferrarotti avv. **Teonesto.** Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano. Torino 1873. Disp. 1 a 36 in-8°, *caduna dispensa* . . . . . » 1 20

— Commentario teorico pratico al Codice penale italiano. Torino 1860. 2 gr. vol. in-8° . . . . . » 18 60.

Ferrarotti avv. **Teonesto.** Commentario del Codice di procedura penale italiano. Torino 1865. 3 vol. in-8° L. 28 50

Fiocchi-Nicolai dott. prof. **Giuseppe.** La filosofia e la scienza del diritto. Appunti. Imola 1872. 1 vol. in-16° » 5 »

Foschini Gaetano. La teorica delle acque di ragion privata esposta nelle fonti e nei motivi sotto a ciascun articolo del Codice civile. Torino 1872. 1 vol. in-8° » 6 »

— I motivi del Codice Civile del Regno d'Italia ordinati sotto ciascun articolo. Torino 1866. 2 vol. in-8 . » 18 »

Foschini Giuseppe e **Gaetano.** I motivi del Codice di procedura civile del Regno d'Italia e delle disposizioni transitorie di esso. Torino 1870. 2 vol. in-8° . » 10 »

Frola Riccardo. Processo storico-giuridico della successione intestata in Roma dalle XII tavole alla riforma di Giustiniano. Siena-Roma 1872. 1 vol. in-8° . » 3 »

Gabba C. F. Teoria della retroattività delle leggi, esposta colla scorta de' migliori autori. Pisa 1866-73. Dispense 1 a 26, *ogni dispensa* . . . . . » 1 »

Gagliardi cav. **Elia.** Delle conoscenze eccezionali spettanti in materia civile ai Pretori di Mandamento. Trattato. Napoli 1870. 1 vol. in-8° . . . . . » 5 »

Galdi Domenicantonio. Manuale formolario del Procedimento civile secondo l'ordine de' giudizi dinanzi ai Conciliatori ecc. Napoli 1872. 1 vol. in-8° . . » 4 »

Galluppi Enrico. La successione dei coniugi nella storia interna del diritto italiano. Roma 1873. 1 vol. in-8° » 2 »

Garelli Giusto Emanuele. Il diritto amministrativo italiano. Lezioni. Torino 1872. 1 vol. in-8° . . » 5 »

— Il diritto costituzionale italiano. Lezioni. Torino 1872. 1 vol. in-8° . . . . . » 5 »

Garelli A. S. La pace dell'Europa moderna (Studio di diritto internazionale). Torino 1870. 1 vol. in-8° . » 1 50

— Le Banche. Opera premiata dall'Istituto d'incoraggiamento nel concorso per l'anno 1870. Napoli 1872. 1 v. in-4° » 12 »

Gargiulo avv. **Francesco Severino.** Il Codice di procedura civile del Regno d'Italia. Commento. Napoli 1873. 2 vol. in-8° . . . . . » 42 »

Gariazzo Carlo Placido. Introduzione allo studio delle scienze giuridiche e politico-amministrative e storia del diritto. Torino 1870. 1 vol. in-8° . . . » 7 50

Gennari avv. **Achille.** Appunti alla Storia del diritto giudiziario civile. Milano 1872. 1 vol. in-8° . . . » 3 »

Gori Augusto. Trattato elementare delle tasse di registro. Firenze 1872. 1 vol. in-8° . . . . . » 4 »

Gugino Giuseppe. Trattato storico della procedura civile romana. Palermo 1873. 1 vol. in-8° . . . » 6 »

Hugo cav. prof. **Gustavo.** Storia del diritto romano, tra-

dotto in italiano da Costantino Arlia. Napoli 1857. 1 vol. in-8° . . . . . L. 6 »

Keller. Il processo civile romano e le azioni. Napoli 1872. 1 vol. in-12° . . . . . » 4 »

La Pegna avv. **Ernesto**. Legge sull'Amministrazione provinciale e comunale del 23 ottobre 1859, con note, osservazioni e commenti, coll'aggiunta di una raccolta di leggi ecc. Napoli 1864. 1 vol. in-8° . . . . » 8 »

— Manuale pratico pei Giurati e per le Corti d'Assisie, contenente la legislazione positiva del Regno italiano e la giurisprudenza delle Corti di Francia su questa parte di diritto. Napoli 1872. 1 vol. in-12° . . » 5 »

— Nuova legge comunale e provinciale del 20 marzo 1865, corredata di note e confronti. — Appendice al Manuale dell'Amministrazione provinciale e comunale. Napoli 1866. 1 vol. in-8° . . . . . » 4 »

Lucchini Luigi. Il carcere preventivo ed il meccanismo istruttorio che vi si riferisce nel processo penale. Studio di legislazioni comparate antiche e moderne. Venezia 1872. 1 vol. in-8° . . . . . » 5 »

Madia cav. **Giuseppe** prof. Istituzioni di procedura penale. Napoli 1872. 2 vol. in-8° . . . . . » 10 »

Malmignati A. Della pena di morte. Padova 1873. 1 vol. in-12° . . . . . » 1 »

Mamiani e **Mancini**. Lettere filosofiche. Napoli 1863, 1 vol. in-12° . . . . . » 3 »

Mancini P. S. Prof. Diritto internazionale. Prelezioni con un saggio sul Machiavelli. Napoli 1873. 1 vol. in-8° » 6 »

Mantellini Giuseppe. I conflitti d'attribuzioni fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia. Firenze 1871-73. 2 vol. in-8° . . . . . » 5 50

Manuale per l'applicazione della legge d'Imposta sui redditi della Ricchezza mobile. Genova 1864. 1 vol. in-8° » 4 »

Marchi Paolo. Legislazione civile italiana, commentarii al Codice civile ed elementi dei medesimi. Firenze 1871-73. Vol. 1° e 2° in-8° . . . . . » 16 »

Masi avv. **Giuseppe**. Sulle società anonime. Considerazioni. Torino 1873. 1 vol. in-8° . . . . . » 2 50

Massa-Saluzzo Leonzio. Commenti sulle leggi riflettenti la formazione e il giudizio delle Corti d'Assisie, le attribuzioni e i doveri dei giurati. Torino 1865. 1 vol. in-8 » 4 »

Mel I. Il Codice di procedura penale, illustrato dalla giurisprudenza decennale delle Cassazioni patrie, ecc. Verona 1873. 1 vol. in-8° . . . . . » 8 »

Minghelli Giovanni. Sulla riforma delle carceri e sull'assistenza pubblica. Torino 1853. 2 vol. in-8° con tavole » 10 »

Nicolini Nicola. Le questioni di diritto. Napoli 1870. 2 vol. in-8° . . . . . L. 20 »

Pacifici-Mazzoni Emidio. Istituzioni di diritto civile italiano, vol. 2°, 3°, 4°, 5° e 6°. Seconda edizione. Firenze 1870-73. 5 vol. in-8° . . . . . » 40 »

È in corso di stampa il volume 1°.

— Commento al Codice civile italiano. Delle successioni legittime. Firenze 1872. 1 vol. in-8° . . . . » 9 »

— Commento al Codice civile italiano. Delle servitù prediali stabilite per fatto dell'uomo. Milano 1866. 1 vol. in-8° . . . . . » 8 »

— Commento al Codice civile italiano. Delle servitù legali. Firenze 1870. 1 vol. in-8° . . . . . » 9 »

— Commento al Codice civile italiano. Della distinzione dei beni. Firenze 1870. 1 vol. in-8° . . . . . » 9 »

— Commento al Codice Civile italiano. Trattato delle locazioni. Firenze 1872. 1 vol. in-8° . . . . . » 9 »

Pavan Pietro. Commento della nuova legge sulla riscossione delle imposte dirette. Venezia 1873. 1 vol. in-8° » 6 »

Pepere Francesco. Enciclopedia organica del Diritto. Napoli 1870. 1 vol. in-8° . . . . . » 15 »

— Storia del Diritto. 2ª ediz. Napoli 1871-74. Primo e secondo periodo. 2 vol. in-16° . . . . . » 9 »

Perotta avv. **Raimondo.** Gli atti dello Stato civile. Parma 1868. 1 vol. in-8° . . . . . » 10 »

— I giurati alle Corti d'Assisie. Piacenza 1871. 1 vol. in-16° » 3 50

Persico prof. **Federico.** Principii di diritto amministrativo. Napoli 1872. 1 vol. in-8° . . . . . » 5 »

Pertile Antonio. Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione. Vol. 1° e 3° Storia del diritto pubblico e delle fonti, e Storia del diritto privato. Padova 1872. 2 vol. in-8° . . . . . » 15 »

Gli altri volumi sono sotto le stampe.

Pescatore Matteo. Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale, vol. 1° e 2°. Torino 1871. 2 vol. in-8° . . . . . » 12 »

— La logica del diritto. Frammenti di dottrina e giurisprudenza, vol. 1°. Torino 1863. 1 vol. in-8° . . . » 6 »

— La logica delle imposte con un'appendice sulle crisi finanziarie. Torino 1867. 1 vol. in-8° . . . . . » 4 »

Pessina prof. **Enrico.** Elementi di diritto penale. Parte generale. Napoli 1872. 1 vol. in-8° . . . . . » 7 »

Petiti di Roreto Carlo. Saggio sul buon governo della mendicità, degli istituti di beneficenza, delle carceri. Torino 1837. 2 vol. in-8° . . . . . » 8 »

Pierantoni prof. **Antonio.** Trattato di diritto costituzionale. Napoli 1873. Vol. 1° in-8° . . . . . » 6 50